Editora Fundação Fênix

HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA

Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental

Ingo Wolfgang Sarlet
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy



O propósito da presente obra é o de oferecer ao leitor em língua portuguesa uma visão panorâmica e introdutória sobre a fecunda história constitucional alemã. Trata-se de uma trajetória histórica extremamente importante, visto que o constitucionalismo alemão influenciou e segue influenciando a doutrina e a prática constitucionais de vários países do Mundo. Desde o século XIX as marcas do constitucionalismo alemão no direito constitucional brasileiro são fortíssimas, de modo particular na concepção de nossa Constituição de 1934 e desenvolvimentos futuros, como dá conta, na atualidade, a sua repercussão sobre a ordem constitucional vigente desde 1988. O que se percebe de modo inequívoco, é que no Brasil vivenciamos uma entusiástica recepção do constitucionalismo alemão, seja no plano textual, seja no plano doutrinário e da jurisprudência constitucional, o que se dá especialmente nos domínios da teoria constitucional, dos direitos fundamentais e do processo constitucional.





HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA –
Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental

Série Direito

Ingo Wolfgang Sarlet

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA –
Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental



Porto Alegre, 2021

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Este livro foi editado com o apoio financeiro do Ministério das Relações Exteriores da República Federal da Alemanha através do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD).







Série Direito – 20

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ingo Wolfgang Sarlet; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA* – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

435p.
ISBN – 978-65-87424-74-3

 https://doi.org/10.36592/9786587424743

Disponível em: https://www.fundarfenix.com.br

CDD – 340

1. História. 2. Construção. 3. Alemanha. 4. Weimar. 5 Lei Fundamental. 6. Igreja de São Paulo. 7. Constituição Imperial.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

DEDICATÓRIAS

A todos os que, como nós autores, creem que a História, quando levada a sério, constitui ferramenta poderosa para evitar graves erros cometidos no passado e construir um futuro mais digno, tolerante e saudável para a humanidade.

Para Michael Stolleis (in memoriam), Professor Emérito da Universidade de Frankfurt e ex-Diretor e Pesquisador do Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu, como reconhecimento e agradecimento por ser o principal protagonista de uma historiografia jurídica fundada na responsabilidade do ser histórico, ao mesmo tempo agente e pesquisador do Direito Público.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos pelo apoio recebido pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA), sediado na PUCRS e na UFRGS, na pessoa dos Professores Doutores Cláudia Lima Marques (Diretora) e Draiton Gonzaga de Souza (Vice-Diretor), e da Secretária Executiva do CDEA, Professora Cristiane Killian, que aportou os recursos que viabilizaram a publicação da obra. Outrossim, somos gratos pelo auxílio prestado por Ramon da Silva Sandi, Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS, na coleta de material e na formatação da obra, além, é claro, da nossa gratidão para com a Editora Fundação Fênix, na pessoa do Professor Doutor Jair Tauchen.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ... 17

1. A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1849 – A ASSIM CHAMADA CONSTITUIÇÃO DA IGREJA DE SÃO PAULO (*PAULSKIRCHEN VERFASSUNG*) ... 25

1.1 Introdução ... 27

1.2 O contexto histórico: as causas e o significado da assim chamada *Primavera dos Povos* para a criação do Parlamento de Frankfurt e a elaboração da *Paulskirchen Verfassung* ... 31

1.2.1 O movimento revolucionário francês e a Constituição de 1848 e os seus reflexos na Alemanha ... 31

1.2.2 O processo revolucionário na Alemanha: causas, desenvolvimento e consequências ... 34

1.2.3 Algumas notas a respeito da formação do parlamento de Frankfurt e dos debates ao longo do processo constituinte ... 40

1.3 O conteúdo do texto aprovado, mas não implementado, da *Paulskirchen Verfassung*, com destaque para a configuração e significado do catálogo de direitos fundamentais ... 51

1.3.1 Breve mirada sobre o conteúdo em termos gerais – organização do Estado e dos Poderes ... 51

1.3.2 O catálogo de direitos fundamentais: conteúdo e significado ... 57

1.4 A dissolução da Assembleia Nacional e o fracasso da Constituição de 1849 em promover a unificação da Alemanha e a instauração de uma Monarquia Constitucional Liberal ... 70

1.5 O legado da Constituição da Igreja de São Paulo, em especial para a evolução constitucional futura alemã ... 75

2. A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL ALEMÃ DE 1871 - *BISMARCKSCHE REICHVERFASSUNG* ... 81

2.1 Introdução ... 83

2.2 O contexto histórico ... 84

2.3 O ambiente cultural, jusfilosófico e da doutrina do direito público ... 92

2.4 A elaboração, promulgação e as linhas gerais do texto constitucional de 1871 ... 111

2.5 Considerações finais ... 124

3. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR (*DIE WEIMARER REICHSVERFASSUNG*) 127

3.1 Introdução 129

3.2 O contexto histórico, social, econômico e político e o processo de elaboração e promulgação da CW 131

3.3 O instigante, paradigmático e criativo ambiente cultural da República de Weimar 148

3.4 Os constitucionalistas da República de Weimar 152

3.5 O conteúdo do texto constitucional 169

3.5.1 Notas preliminares 169

3.5.2 Os princípios estruturantes: República, Democracia, Estado Social e Federação 171

3.5.3 Da organização dos poderes 178

3.5.4 Dos Direitos e Deveres Fundamentais 183

3.5.4.1 Considerações introdutórias 183

3.5.4.2 Direitos civis e políticos 184

3.5.4.3 Dos direitos sociais, econômicos e culturais (da ordem econômica e social) 189

3.5.4.4 Dos deveres fundamentais 194

3.5.4.5 Notas sobre o problema da eficácia e efetividade dos direitos e deveres fundamentais 196

3.6 A derrocada da República e da Constituição de Weimar 198

3.7 Considerações finais: apreciação geral e legado da CW 200

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL E O NACIONAL-SOCIALISMO - DA DITADURA AO TOTALITARISMO (1933-1945) 207

4.1 Introdução 209

4.2 O estado de exceção permanente 210

4.3 O nacional-socialismo - ideologia, forma e linguagem 214

4.4 *O Triunfo da Vontade* como elemento iconográfico identificador da ideologia nacional-socialista 218

4.5 A ordem normativa nacional-socialista e o problema do positivismo 221

4.6 Gustav Radbruch e os seus "cinco minutos de filosofia do direito" 225

4.7 O *Volksgerichthof* (o Tribunal do Povo) como tribunal de exceção e principal guardião (judiciário) da ordem nacional-socialista 230

4.8 Os fundamentos hermenêuticos e operacionais do VGH: o "*führerprinzip*" 243

4.9 O desate histórico do nacional-socialismo e o tema da culpa 248

5. A LEI FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949: A RESTAURAÇÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DO ESTADO DE DIREITO 255

5.1 Contexto e reconstrução da trajetória constitucional desde 1849 257

5.2 O processo de elaboração e de entrada em vigor da lei fundamental de 1949 e a constituição da República Federal da Alemanha 260

5.3 Breve apresentação do conteúdo da Lei Fundamental, em especial dos princípios estruturantes e sistema dos direitos fundamentais 270

5.3.1 Preâmbulo e dignidade humana 270

5.3.2 República, Democracia, Federação, Estado de Direito e Estado Social 276

5.3.2.1 A República como forma de governo 277

5.3.2.2 Democracia e Soberania Popular 279

5.3.2.3 O Estado de Direito 288

5.3.2.4 O Estado Federal 297

5.3.2.5 A decisão pelo Estado Social 302

5.3.3 O Estado Ambiental de Direito - O dever de proteção dos recursos naturais e dos animais 304

5.3.4 Os Direitos Fundamentais 307

5.3.5 A organização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário 354

5.3.5.1 Poder Legislativo 355

5.3.5.2 O Presidente Federal (*Bundespräsident*) 361

5.3.5.3 O Governo Federal 366

5.3.5.4 Do Poder Judiciário 370

5.3.5.5 A Jurisdição Constitucional – O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) 375

5.4 A atualização do texto constitucional e a reunificação da Alemanha sob a égide da LF 391

5.5 A “queda do muro”, a reunificação e a adoção da Lei Fundamental de 1949 como Constituição da Alemanha unificada 394

5.6 Algumas notas sobre o impacto da Lei Fundamental sobre o constitucionalismo brasileiro 398

REFERÊNCIAS 405

SOBRE OS AUTORES 431

INTRODUÇÃO

A experiência constitucional alemã é amplo campo de análise e que aproxima a teoria geral do direito, a dogmática jurídica, a história, a sociologia, a ciência política e a literatura. Descortinam-se chaves interpretativas para momentos de muita relevância histórica, bem como para a compreensão da construção de institutos centrais da teoria constitucional, da dogmática dos direitos fundamentais e do processo constitucional, especialmente como posta na Lei Fundamental de Bonn, de 1949 (doravante LF), e na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (doravante TCF).

Ambos, a LF e o TCF, radicam no desdobramento do conflito de 1939-1945. O processo de reconstrução alemã, do ponto de vista normativo, mantém permanente diálogo com o marco normativo constitucional e o modo como o TCF interpretou esse riquíssimo texto.

No caso do TCF, em particular, se está em face de uma experiência prática, no âmbito da jurisdição constitucional, a serviço da democracia, do estado de direito e da construção de uma sólida agenda na esfera da definição e defesa dos direitos fundamentais.

Mas as marcas indeléveis do constitucionalismo alemão vêm de mais tempo, até mesmo pelo fato de que a própria LF e seus intérpretes se abeberam em experiências pretéritas, seja acolhendo-as (ainda que em parte), seja repelindo-as, como se deu de modo particularmente enfático e emblemático com a reação, por parte dos autores do texto da LF, ao passado trágico então recente do nacional-socialismo.

No concernente à influência do constitucionalismo alemão sobre outras ordens jurídicas e políticas (porquanto não se pode olvidar que a elaboração de uma constituição é um ato/processo de natureza eminentemente política), tanto a LF e a doutrina e jurisprudência produzida sob sua égide, quanto a Constituição da República de Weimar (doravante CRW) e a rica, mas em parte também controversa e tensionada, teoria constitucional e política que gerou especialmente entre 1919 e 1933, foram e tem sido recepcionadas e estudadas amplamente no Mundo inteiro, inclusivo no Brasil.

De outra parte, uma história constitucional alemã, mesmo sem a pretensão de completude, não poderia deixar de abordar os antecedentes mais marcantes do Século XIX, visto que foi nesse período, em especial a contar do movimento revolucionário liberal de 1848, que resultou na elaboração da primeira Constituição para uma Alemanha unificada, a assim designada Constituição da Igreja de São Paulo (doravante CISP), passando pela Constituição Imperial Alemã (CIA) de 1871, que consolidou o processo de unificação liderado pela Prússia e conduzido com mão de ferro por Otto von Bismarck, que se desenvolveram e firmaram alguns dos elementos essenciais do constitucionalismo germânico.

A opção pelas quatro Constituições referidas, incluindo o período da ditadura totalitária nacional-socialista (1933-45) e o processo doloroso de transição para a reconstrução e refundação do Estado alemão, marcado, aliás, pela divisão entre a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental) e a República Democrática Alemã (Alemanha Oriental), somente superada de fato (ao menos do ponto de vista político-constitucional) em 1991 com a reunificação, não foi arbitrário.

O que nos guiou foi a circunstância de que as quatro Constituições selecionadas (1849, 1871, 1919 e 1949) foram constituições concebidas (1849) e de fato vivenciadas (1871, 1919 e 1949) para uma Alemanha unificada, de modo que excluídas todas as Constituições adotadas pelos diversos Estados alemães (dezenas) desde o limiar do Século XIX.

Da mesma forma, optamos pela não inclusão da Constituição da República Democrática Alemã, elaborada e adotada sob a égide da influência soviética e de matriz socialista. A exclusão, é bom explicitar, não se deu por esse fato, visto que para efeitos comparativos e levando em conta que se tratou da Constituição de parte da Alemanha e dos alemães durante algumas Décadas faria sentido também fosse abordada, mas sim, tendo em conta dois fatores: a) a circunstância de que nada de relevante (aliás, praticamente nada) da ordem constitucional alemã-oriental foi recepcionada quando da reunificação; b) a quase nula influência que tal experiência constitucional exerceu sobre outros Países.

Visto isso, necessárias algumas considerações sobre fontes e método.

A presente obra, como já adiantado, tem por escopo traçar um panorama da trajetória constitucional alemã, com o que, além do nosso interesse pessoal, procuramos colmatar o que consideramos como sendo uma importante lacuna na esfera da literatura sobre história constitucional existente no Brasil e mesmo no mundo lusófono, em especial uma obra de história constitucional alemã escrita por não-alemães em língua portuguesa.

Ainda que prioritariamente construído em torno de fontes primárias (a exemplo dos textos constitucionais aqui estudados) o livro que o leitor tem em mãos também contou com textos de mediação e de literatura secundária, redigidos originariamente em alemão, a par de traduções e estudos em outros idiomas internacionais de cultura, a exemplo do inglês, do francês e do espanhol. Com isso, aliás, também percebemos, ao longo da pesquisa, o impacto do direito constitucional alemão, presente e pretérito, na construção do constitucionalismo contemporâneo.

Na medida do possível, ocupamo-nos também de estudos publicados em português. O interesse pelo direito constitucional alemão, e sua influência na concepção do constitucionalismo brasileiro, tem como resultado a multiplicação de estudos aqui publicados. A seção final do livro, por exemplo, trata dessa influência. É também exemplo dessa importância a recorrente referência feita ao TCF por parte de cortes supremas, a exemplo de nosso Supremo Tribunal Federal (STF).

Ainda relativamente à concepção da obra, é de se enfatizar que não se trata apenas de uma apresentação dos traços essenciais de cada texto constitucional, mas também de sua inserção no respectivo contexto histórico, político, social e cultural, trazendo, ademais disso, algumas informações sobre as grandes produções, influências e discussões doutrinárias em matéria constitucional em cada período, de modo a oferecer – ao menos é o que pretendemos – um panorama mais abrangente e propiciar uma compreensão mais completa e transversal aos leitores.

Concebemos nossa exploração histórica estruturando a obra em cinco capítulos. Iniciamos com a Constituição de 1849 – a Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchen Verfassung*) – doravante CISP. Esse importante texto foi

discutido e aprovado em ambiente de forte influência do romantismo alemão, bem como na concepção de um direito que expressasse sentimento popular de justiça ou de ordem normatizada. Buscamos identificar e explicitar o contexto histórico que matizou esse texto constitucional, que se desdobrava em momento particularmente angustiante da história europeia, a chamada *Primavera dos Povos.* É o momento no qual Karl Marx e Friedrich Engels publicavam o Manifesto Comunista (*Das Kommunistische Manifest*): um espectro e um perigo rondavam a Europa.

Resgatamos a criação do Parlamento em Frankfurt e as discussões que seguiram. Concomitantemente, exploramos o movimento revolucionário francês, o texto constitucional que os franceses elaboraram e os reflexos dessa onda constitucionalista na Alemanha. Bem entendido, a Alemanha à qual nos referimos, nessa parte do trabalho, ainda não é a Alemanha unificada, o que ocorreu somente em 1871 no desfecho da guerra franco-prussiana.

Os debates ocorridos na Igreja de São Paulo são de algum modo fundantes na concepção de uma historiografia do constitucionalismo alemão. O texto foi aprovado, mas não foi implementado, salvo o catálogo de direitos fundamentais, aprovado à parte e que vigeu por algum tempo. Restaria, assim, como um registro histórico, relevante ao extremo, justamente porque se concebeu um moderno e consistente catálogo de direitos fundamentais. Identificamos os termos gerais desse importante texto constitucional, com estações na organização do Estado e alocação de Poderes.

Com preocupação de levantamento de dados históricos repassamos a dissolução da Assembleia Nacional e discutimos o fracasso do Parlamento e do texto constitucional no sentido de alcançarem a unificação política e a instauração de uma monarquia constitucional liberal. Fechamos esse capítulo de abertura discutindo o legado do processo constituinte para a evolução constitucional posterior na Alemanha.

Seguimos com a Constituição Imperial de 1871 (*Bismarcksche Reichverfassung*) – doravante CIA. Buscamos uma síntese do momento histórico. É o tempo de Bismarck, o Chanceler de Ferro, importante figura pública que substancializava espírito militar prussiano que orientou o processo de

acomodação das várias regiões da Alemanha em torno do domínio da Prússia. Tem-se um momento ímpar na história da doutrina do direito constitucional. Nessa seção do trabalho, os juspublicistas são apresentados, a exemplo de Savigny e de Iehring. Buscamos inventariar o núcleo do pensamento desses autores, especialmente quanto ao impacto de uma percepção histórica do direito público no desenvolvimento da doutrina constitucional. Detectamos e indicamos a influência do juspublicismo alemão no pensamento brasileiro, no contexto da obra de Tobias Barreto e de seus seguidores, na denominada Escola do Recife. Buscamos uma sumária reconstrução do ambiente cultural, jusfilosófico e da doutrina do direito público que margeiam as discussões e a aplicação da Constituição Imperial. Seguimos com notas a propósito da elaboração, da promulgação e das linhas gerais do texto constitucional de 1871.

Na continuidade apresentamos a Constituição de Weimar (*Die Weimarer Reichverfassung*) – doravante CW. Vinculamos esse texto constitucional, entre outros aspectos ligados ao contexto da época, aos desdobramentos da Primeira Guerra Mundial. Esse passo do constitucionalismo alemão é incompreensível sem que se apresente uma descrição (ainda que também sumária) do ambiente cultural da República de Weimar. É o tempo no qual pontificaram escritores como Thomas Mann e Heinrich Mann. Esse último é autor de célebre romance que foi base para a concepção do filme "O Anjo Azul", com Marlene Dietrich, que simboliza momento efervescente na cultura alemã. Esse tempo cultural é o ponto de partida para uma discussão em torno do ambiente histórico e político que marcaram a *Weimarer Reichverfassung.*

Nesse passo também apresentamos os constitucionalistas da República de Weimar, a exemplo de Carl Schmitt, Hugo Preuss, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Heinrich Triepel, Hans Kelsen, Rudolf Smend, entre outros, que exerceram larga influência no constitucionalismo do século XX. Apresentamos na continuidade as linhas gerais do texto da Constituição de Weimar.

No próximo segmento tratamos do estado de exceção, do nacional-socialismo e dos elementos do que entendemos como sendo uma ditadura constitucional. Nesse capítulo (IV) discutimos aspectos ideológicos, formais e linguísticos que matizaram o nacional-socialismo. Seguimos com um estudo

sobre o estado de exceção, como explicitação normativa da ordem nacional-socialista. Exploramos o problema do positivismo, forte no argumento de que a identificação do positivismo com o modelo jurídico e hermenêutico do nacional-socialismo pode ser falaciosa. Retomamos Gustav Radbruch e o tema dos cinco minutos de filosofia do direito, na conjuntura dessa aproximação imaginária entre o positivismo e o nacional-socialismo.

Exemplificamos uma ordem constitucional e normativa nacional-socialista com o *Volksgerichthof* (o Tribunal do Povo), apresentando, ainda, o funcionamento desse odioso tribunal. Apresentamos seus fundamentos hermenêuticos e operacionais, centrados no *"Führerprinzip".* No próximo passo exemplificamos o modelo ideológico desse regime com o argumento contido no filme *O Triunfo da Vontade*, que identificamos como elemento iconográfico marcante da ideologia nacional-socialista. Seguimos com um apanhado histórico do nacional-socialismo e de seus desdobramentos, com foco no delicadíssimo tema da culpa.

Na sequência fechamos a obra apresentando e analisando a Lei Fundamental de Bonn, de 1949 – doravante apenas LF. Identificamos os precedentes da construção desse importante documento a partir do desmantelamento da ordem constitucional pretérita por força da ditadura nacional-socialista. Buscamos resgatar seu processo de elaboração e seu conteúdo, como antessala para sua afirmação. Nesse sentido, apresentamos os pontos centrais de seus pressupostos e conteúdo, desde os seus princípios estruturantes, o catálogo de direitos fundamentais, algumas notas sobre a organização do estado e dos poderes, destacando o labor da doutrina e da jurisprudência constitucional na sua interpretação e desenvolvimento. Tratamos também da queda do muro, do processo de reunificação e da consequente adoção da LF de 1949 como sendo de fato a Constituição Federal da Alemanha unificada, concluindo o texto com algumas notas sobre o impacto da LF sobre o constitucionalismo brasileiro.

É fundamental sublinhar, a esta altura, que a nossa intenção não foi a de produzir um estudo aprofundado, de modo a competir com a excepcional e farta literatura sobre o tema já produzida, em especial na Alemanha, mas também por alguns autores não alemães de destaque.

No que diz com a apresentação do conteúdo das constituições abordadas na presente obra, não buscamos descrevê-lo na integralidade, mas sim, apenas quanto aos seus traços essenciais, destaque para a principiologia, os direitos e deveres fundamentais, a organização do Estado e dos poderes, a defesa e proteção da ordem constitucional.

Ao fim e ao cabo, o nosso propósito é o de oferecer ao leitor em língua portuguesa uma visão panorâmica, introdutória, sobre a fecunda história constitucional alemã, que tanta influência teve e ainda tem no âmbito do constitucionalismo em geral, mas também relativamente ao direito constitucional brasileiro, isto já desde o Século XIX, mas com maior ênfase no que diz com a nossa Constituição de 1934 (e mediante ela para os desenvolvimentos futuros) e no tocante à Constituição Federal de 1998, dada a importante recepção tanto na esfera do texto constitucional, mas particularmente ao nível da doutrina, da teoria constitucional, dos direitos fundamentais e do processo constitucional, mas também no plano da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 1

A CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1849 – A ASSIM CHAMADA CONSTITUIÇÃO DA IGREJA DE SÃO PAULO (*PAULSKIRCHEN VERFASSUNG*)

> *"De uma forma geral, as revoluções europeias de 1848 constituíram (...) o momento mais decisivo para o constitucionalismo moderno e a sua história futura"[1].*

1.1 Introdução. 1.2 O contexto histórico: as causas e o significado da assim chamada *Primavera dos Povos* para a criação do Parlamento de Frankfurt e a elaboração da *Paulskirchen Verfassung.* 1.2.1 O movimento revolucionário francês e a Constituição de 1848 e os seus reflexos na Alemanha. 1.2.2 Algumas notas a respeito da formação do parlamento de Frankfurt e dos debates ao longo do processo constituinte. 1.3 O conteúdo paradigmático do texto aprovado, mas não implementado, da *Paulskirchen Verfassung*, com destaque para o catálogo de direitos fundamentais. 1.3.1 Breve mirada sobre o conteúdo em termos gerais – organização do Estado e dos Poderes. 1.3.2 O catálogo de direitos fundamentais: conteúdo e significado. 1.4 A dissolução da Assembleia Nacional e o fracasso da Constituição de 1849 em promover a unificação da Alemanha e a instauração de uma Monarquia Constitucional Liberal. 1.5 O legado da Constituição da Igreja de São Paulo, em especial para a evolução constitucional futura alemã

---

[1] Cf. DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno-Novas Perspectivas,* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 27. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva.

1.1 Introdução

Lê-se em um dos mais emblemáticos textos políticos de meados do século XIX que um espectro rondava a Europa: *o espectro do comunismo*[1]. À simbólica afirmação de Karl Marx e de Friedrich Engels pode-se acrescentar que o nacionalismo e o liberalismo também ameaçavam a ordem estabelecida pelo Congresso de Viena (1815), construída sob a hegemonia da Áustria[2] e concebida como um antidoto à influência dos ideais libertários da Revolução Francesa[3], que equivocadamente se consideravam sepultados com a derrotada de Napoleão em Waterloo[4].

Em meados do Século XIX, como reação à ordem monárquica e conservadora que retomou seu espaço após a derrocada de Napoleão, uma onda revolucionária agitou a Europa em 1848[5], com destaque para os casos da França e da Alemanha. Embora se tratasse essencialmente de uma revolução europeia,[6] cujas causas se entrelaçavam com os vários motivos que provocavam os vários levantes. Narrada sob forte inspiração do romantismo historiográfico [7] , *a*

---

[1] MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista,* Petrópolis: Vozes, 1993, p. 65. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e de Leandro Konder (texto original em alemão, na sua primeira edição, de 1848).

[2] Cf., por todos, HOBSBAWN, Eric. *The Age of Revolution- 1798-1848,* London: Abacus, 1999, pp. 127 e ss.

[3] A narrativa do empenho dos revolucionários franceses na busca e na defesa dos ideais libertários é colhida, sob uma perspectiva romântica, típica da historiografia do século XIX em CARLYLE, Thomas. *The French Revolution,* New York: The Modern Library, 2002, bem como em MICHELET, Jules. *História da Revolução Francesa, da Queda da Bastilha à Festa da Federação,* São Paulo: Companhia das Letras, 1989, tradução do francês para o português de Maria Lúcia Machado.

[4] Os dramáticos episódios da derrota de Napoleão, narrados sob a perspectiva da onda reacionário que sobreviria podem ser estudados em CORNWELL, Bernard. *Waterloo- The History of Four Days, Three Armies and Three Battles,* London: William Collins, 2015.

[5] Os dois textos centrais para a reflexão em torno da *Primavera dos Povos*, sob uma perspectiva participante de seus autores, são: TOCQUEVILLE, Alexis. *Lembranças de 1848- As Jornadas Revolucionárias em Paris,* São Paulo: Companhia das Letras, 1991, tradução de Luc Monnier e MARX, Karl. *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte,* São Paulo: Centauro, 2000, tradução de Silvio Donizete Chagas. Para um relato contemporâneo, TILLY, Charles. *Social Movements- 1768-2004,* Bouder and London: Paradigm Publishers, 2004, pp. 38-64. Para uma leitura de síntese da Revolução de 1848 na Alemanha, por todos, sob o ponto de vista constitucional, ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte,* München: Beck, 2002, especialmente pp. 114-118.

[6] Cf. STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany- 1800-1914,* New York and Oxford: Berghahn Books, 2001.

[7] O romantismo historiográfico invoca valores históricos universais, por intermédio do qual o passado é fonte recorrente de exemplos e de conhecimentos, do qual se obtém provas e inferências que implicam numa explicação *histórica* pretensamente absoluta para os eventos políticos. Ver, LEMON, M. C.. *Philosophy of History,* London and New York: Routledge, 2005, pp. 301 e ss.,

Primavera dos Povos, como se designou essa vaga sediciosa, agitou a França, os Estados Alemães - que então formavam uma Confederação -, com ecos no Brasil, a exemplo do que se conheceu na Revolução Praieira, ocorrida no Pernambuco, sob liderança de Pedro Ivo[8].

Liberalismo, democracia, nacionalismo e socialismo foram os ideais que promoveram essa onda agitadora, que também conviveu com manifestações em favor do anarquismo, ainda que este último, como prática revolucionária, tenha ocorrido com mais ênfase somente entre 1880 e 1914[9].

A revolução francesa foi recebida com certa dubiedade na Alemanha, especialmente quanto à atitude para com Napoleão Bonaparte. Nesse último caso, é ilustrativo o caso de Ludwig van Beethoven (1770-1827), na composição e edição da *Terceira Sinfonia* (*A Heroica*), consagrada a Napoleão; a dedicatória foi mais tarde suprimida. O primeiro movimento dessa impressionante peça celebra o triunfo do imperador francês, ainda que este tenha provocado posterior desapontamento e desilusão no compositor alemão[10]. Beethoven teria rasgado a dedicatória que fizera a Napoleão[11].

Ao longo das décadas de 1810 e de 1820 era frequente a passagem de exércitos franceses pela Alemanha, ocorrência marcada por violências, saques e provocações. Em 1806 Napoleão decretou o fim do Sacro Império Romano Germânico, uma frágil concepção política que se suponha unir os vários principados e cidades alemãs. Sucedeu a este império secular uma *Confederação Renana*, que não compreendia a Prússia. A resistência dessa última, com a consequente ocupação de Berlim pelos exércitos napoleônicos, após a batalha de

---

COLLINGWOOD, R. G.. *The Idea of History,* Oxford: Oxford University Press, 1994 e STERN, Fritz. *The Varieties of History- from Voltaire to the Present,* New York: Vintage Books, 1973, pp. 54 e ss.

[8] Pedro Ivo (1811-1852) deu continuidade a uma tradição revolucionária constitucionalista e democrática que remonta ao Frei Caneca. Esse tema foi explorado, entre outros, por VILAR, Gilberto. *Frei Caneca- Gesta da Liberdade-1779-1825,* Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

[9] GUÉRIN, Daniel. *Anarchism*, New York: Monthly Review of Books, 1970.

[10] BROSE, Eric Dorn. *German History- 1789-1871- From the Holy Roman Empire to the Bismarckian Reich,* Providence and Oxford: Berghahn Books, p. 42.

[11] O romantismo e o nacionalismo em Beethoven são explorados por Richard Wagner, um dos máximos expoentes da cultura alemã, também romântico e nacionalista. Conferir WAGNER, Richard. *Beethoven,* Rio de Janeiro: Zahar, 2010, tradução de Anna Hartmann Cavalcanti. Conferir também ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven,* São Paulo: Atena Editôra, s.d., tradução de José Lannes, bem como SOLOMON, Maynard. *Beethoven,* Rio de Janeiro: Zahar, 1987, especialmente pp. 183 e ss., tradução de Álvaro Cabral.

Iena, em 1806, encorajou as regiões que ainda não pertenciam à *Confederação Renana* para que dela participassem[12].

A Prússia lutou para se reerguer, em todos os aspectos, especialmente do ponto de vista cultural. A Universidade de Berlim, fundada em 1810, é o mais significativo exemplo desse esforço. Nessa universidade, dirigida por Wilhelm von Humboldt (1767-1835), lecionaram, à época, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1821), filósofo, Leopold von Rancke (1795-1886), historiador, e Friedrich Schleiermacher (1768-1834), reconhecido pelos estudos de hermenêutica.

A preponderância da Prússia no conjunto político alemão ganhou uma maior dimensão com a derrota de Napoleão em 1815 em Waterloo, batalha na qual os exércitos prussianos cerraram fileiras com os ingleses e tiveram uma significativa participação na vitória. Por outro lado, ainda que a Prússia não tenha participado da então criada Confederação, seus líderes conseguiram tirar proveito da era de liberdade e de competição que se desfrutou nas porções mais ocidentais da Alemanha, o que não deixou de ser uma herança da presença francesa e dos ideais iluministas naquelas regiões então instituídos[13].

Uma concomitante ascendência austríaca sobre várias regiões da atual Alemanha redundou em medidas conservadoras e repressivas, conduzidas pelo chanceler austríaco Klemens von Metternich (1773-1859), medidas conhecidas como os *Decretos de Carlsbad*. Nesse contexto, um antagonismo crescente entre Prússia e Áustria apontou para um *dualismo germânico,* resultado, entre outros, do Congresso de Viena. Os *Decretos de Carlsbad* permitiram a perseguição de liberais e de grupos de jovens nacionalistas, que então se multiplicavam, por meios de associações, bem como de clubes de ginástica e de fisiculturismo, verdadeira mania que à época tomava conta da juventude alemã[14].

Naquela quadra, diversos movimentos liberais eclodiram na Europa e mesmo em outros países, assumindo particular relevância a derrubada (pela segunda vez) da Monarquia na França, em 1848, tendo sido promulgada uma nova Constituição e eleito Presidente da nova República Luís Bonaparte, sobrinho de

---

[12] BROSE, Eric Dorn, op. cit., p. 52.
[13] Ibidem, p. 108.
[14] Ibidem, p. 93.

Napoleão. Tais acontecimentos tiveram forte impacto nos Estados Alemães, contribuindo para os levantes que lá se deram, também em 1848[15]. Mas, “em contraste com a França, o curso da revolução na Europa Central foi complicado pelo nacionalismo, uma força que ameaçava, simultaneamente, dissolver o Império Austríaco e unificar os estados germânicos"[16]. Essa ameaça, de algum modo, estava latente em todas as manifestações populares vividas no território alemão.

Nesse contexto, convém sublinhar que a Alemanha de então consistia numa Confederação de trinta e oito Estados e os distúrbios que ocorreram se alastraram por praticamente todos, incluindo a Áustria. Combatia-se o anacronismo da ordem imposta pelos conservadores vitoriosos no Congresso conduzido pela ação diplomática reacionária de Metternich, o que implicava, inclusive, em movimentação que contestava os resquícios do feudalismo, ainda fortes nas terras germânicas, presente, ademais disso, na pauta dos movimentos rebeldes, ao passo que a Áustria era o principal foco do pensamento conservador e tradicionalista[17].

A defesa de valores liberais e democráticos impulsionou as revoltas alemãs de 1848, redundando na convocação de um Parlamento, que se reuniu em Frankfurt, na Igreja de São Paulo, com a missão de elaborar uma Constituição, cujo texto acabou sendo aprovado em 22 de março de 1849[18]. Todavia, a Constituição do Império Alemão, conhecida como *Frankfurter Reichverfassung-FRV, Paulskirchen Verfassung* ou ainda como *Verfassung des Deutschen Reichs,* foi rejeitada pela Prússia e pela Áustria, não tendo tido efetivamente vigência como Constituição de uma Alemanha unificada. Seus delegados foram dispersos a partir

[15] Cf. KITCHEN, Martin. *História da Moderna Alemanha- de 1800 aos dias de hoje,* São Paulo: Cultrix, 2013, p. 109, tradução de Cláudia Gerpe Duarte.
[16] KENT, George O.. *Bismarck e seu tempo,* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 15. Tradução de Maria Inês Caldas de Moura.
[17] Para uma reconstrução do ambiente em Viena ao longo do período tratado no presente ensaio, conferir, por todos, BRION, Marcel. *Viena no Tempo de Mozart e de Schubert,* São Paulo: Companhia das Letras, 1991, especialmente pp. 277-300, tradução do francês para o português de Márcia Vinci.
[18] Cf. GMÜR, Rudolf; ROTH, Andreas, *Grundriss der deutschen Rechtsgeschite,* München: Verlag Franz Vahlen, 2014, p. 163.

de 18 de junho de 1849, de tal sorte que o estado de fragmentação política persistiu até a unificação alemã em 1871.[19]

Importa sublinhar, que a despeito de não alcançado vigência, antecipando assim a unificação alemã em mais de 20 anos e sem o recurso às armas, a Constituição de 1849 representa um documento de superlativo valor histórico, seja por sua concepção, para a época, ousada de direitos fundamentais, ademais de se tratar, em certa medida, do texto fundante de uma tradição constitucional democrática alemã, que repercutiu (ressalvadas as diferenças relevantes entre as duas cartas políticas), na Constituição de Weimar, de 1919, e na Lei Fundamental, de 1949.

Assim, com o objetivo de algum resgate da reminiscência histórica desse ambicioso texto constitucional, procuramos identificar seus vários significados para o constitucionalismo contemporâneo, seu ambiente histórico e jurídico, suas causas determinantes, suas influências mais relevantes, suas relações com a Constituição francesa da mesma época, seus grandes desafios e problemas, o processo constituinte, as principais características de seu texto, seu melancólico fim, bem como sua repercussão, ainda que, nesse último caso, apenas em suas matrizes conceituais.

´1.2 O contexto histórico: as causas e o significado da assim chamada *Primavera dos Povos* para a criação do Parlamento de Frankfurt e a elaboração da *Paulskirchen Verfassung*

1.2.1 O movimento revolucionário francês e a Constituição de 1848 e os seus reflexos na Alemanha

O movimento revolucionário na Alemanha e a consequente formação do Parlamento em Frankfurt, bem como a elaboração da assim chamada *Paulskirchen Verfassung* (Constituição da Igreja de São Paulo, doravante CISP), não constituiu um fato isolado no cenário mundial, em especial na Europa.

[19] BROSE, Eric Dorn, op. cit., pp. 250-252.

Particularmente relevante – não apenas, mas em especial aqui, para a Alemanha, foram os acontecimentos que agitaram e levaram a mudanças importantes e impactantes na França, no mesmo período.

Precisamente pela sua relevância também para os processos que se desenvolveram na Alemanha na mesma época, algumas notas sobre o caso francês (que se destaca em relação aos demais pela sua magnitude) se fazem, se não necessárias, pelo menos oportunas e podem auxiliar a explicar o contexto histórico.

Note-se que, na França, o Rei Luís Felipe (1773-1850), filho do Duque de Orleans (que foi guilhotinado durante a fase do terror da revolução francesa), sucedeu a Carlos X, em 1830, e governou até 1848, tendo sido obrigado a renunciar pela revolução. Seu reinado foi conhecido como a *Monarquia de Julho*, caracterizado pelo domínio da burguesia comercial e industrial francesa, que havia lucrado com a expansão da era napoleônica, formando-se um governo provisório, do qual participaram, entre outros, o poeta Alphonse Lamartine e o jornalista Auguste Blanchi[20].

À queda do rei sucedeu a convocação de uma Assembleia Constituinte, que elaborou a Constituição Republicana Francesa de 4 de novembro de 1848[21]. Enfatizou-se a necessidade de se estabelecer um regime verdadeiramente democrático. A decisão capital então tomada se refere à concepção de um poder executivo chefiado por um presidente, eleito por sufrágio universal, com mandato de quatro anos. Consignou-se também, no contexto do espírito revolucionário da época, que todos os poderes públicos, quaisquer que fossem, emanariam diretamente do povo, vedando-se sua transmissão ou delegação hereditária. Fixou-se também que a separação dos poderes consistia na primeira condição de um governo livre, recuperando e reafirmando-se aquilo que já tinha sido um dos grandes motes da doutrina iluminista de Locque e de Montesquieu, ademais do que fora proclamado solenemente no famoso artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

---

[20] BARREAU, Jean-Claude. *Toute l'Histoire de France, L'Essentiel,* Paris: Toucan, 2011, pp. 219 e ss.
[21] Por todos, nesse tema, FAUPIN, Hervé. *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris: Flammarion, 2006, pp. 253 e ss.

Além disso, estabeleceu-se um longo catálogo de *direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição*, a exemplo da vedação de prisão sem previsão legal, da inviolabilidade do domicílio, do princípio do juiz natural e da proibição da criação de tribunais de exceção, da extinção da pena de morte por motivos políticos, da abolição da escravidão nos territórios franceses, da liberdade religiosa, da liberdade de ensino e da garantia do direito de propriedade, entre tantos outros, aspectos que serão mais tarde retomados em comparação com o modelo alemão.

Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865), célebre anarquista, foi um dos membros da Assembleia que discutiu a Constituição Francesa de 1848. Crítico obstinado da monarquia derrubada, Proudhon realçava que se o rei fosse mandatário, deveria prestar contas, estando, pois, sujeito a todas as formas de fiscalização, sendo, ademais disso, responsável e punível pelo que, entre outros, poderia ser apenado com a morte[22]. Essa construção lógica, cuja premissa revela adesão ao credo democrático, e cuja conclusão confirma paradoxalmente o ideário anárquico, de algum modo, caracteriza uma das forças revolucionárias que atuava na França em meados do século XIX, e que também operava na Alemanha.

A Assembleia decretou Estado de Sítio e a chefia do Executivo ficou transitoriamente com Louis-Eugéne Cavaignac (1802-1857), a quem coube comandar, anos antes, a contenção aos revolucionários radicais, em junho de 1830. Trata-se, na expressão exata de seu historiador, da

> (...) maior e a mais singular [insurreição] que teve lugar na nossa história e talvez em qualquer outra; a maior, pois durante quatro dias mais de 100 mil homens nela se engajaram, e cinco generais pereceram: a mais singular, pois os insurgentes combateram sem gritos de guerra (...) com uma experiência militar que assombrou os oficiais[23].

Cavaignac era militar, e, nessa qualidade, chefiou a repressão. À proclamação da república seguiram eleições, vencidas por Luís Bonaparte (1808-

---

[22] Cf. PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?*, Lisboa: Editorial Estampa, 1997, tradução do francês para o português de Marília Caeiro.
[23] TOCQUEVILLE, Alexis de, *Lembranças de 1848,* op. cit., p. 149.

1873), sobrinho de Napoleão. Com mais de cinco milhões de votos Bonaparte derrotou Cavaignac, que obteve cerca de um milhão e meio de votos. Em 1852 Bonaparte deu um golpe de estado e reestabeleceu a monarquia, que chefiou como Imperador, com o título de Napoleão III, até 1870, quando foi vencido pelos alemães na batalha de Sedan.

Calha anotar, a esse respeito, que, crítico de Napoleão III, Karl Marx comparou o golpe contra a república de 1848 com o golpe dado por Napoleão I, ocorrido em 9 de novembro de 1799, conhecido como o *golpe do 18 do Brumário,* quando se iniciou a ditadura que culminou na sagração de Napoleão I como Imperador[24].

A Constituição Francesa, que nasceu da Revolução de 1848 teve vigência até 1852. Nesse sentido, pretendeu-se uma experiência democrática, esgotada por forças reacionárias, alinhadas com grupos que se empenhavam em anular conquistas que se registravam, com altos e baixos, bem entendido, desde a declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Consoante já referido, a Revolução Francesa de 1848, um dos capítulos mais densos da *primavera dos povos,* exerceu grande influência na movimentação alemã da mesma época, ainda que no território alemão houvesse problemas e particularidades desconhecidas ou irrelevantes para a experiência política e constitucional francesa.

1.2.2 O processo revolucionário na Alemanha: causas, desenvolvimento e consequências

Na Alemanha, a assim chamada Primavera dos Povos e o movimento

---

[24] A propósito da comparação entre os golpes de Napoleão III e de Napoleão I, Marx redigiu uma das mais emblemáticas críticas ao absolutismo e à própria concepção de história: *"Hegel observa algures que todos os fatos e personagens de grande importância na história universal ocorrem, por assim dizer, duas vezes. E esqueceu-se de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa (...) o sobrinho pelo tio. E a mesma caricatura ocorre nas circunstâncias que acompanharam a segunda edição do 18 do Brumário! Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha, mas sob aquelas circunstâncias com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime o cérebro dos vivos como um pesadelo."* MARX, Karl, *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte,* op. cit., p. 15.

revolucionário, a ela atrelado, igualmente - a exemplo da França - deita raízes em momento anterior. Após as sucessivas derrotas frente a Napoleão Bonaparte, os Estados que formavam a Confederação Alemã intuíram que, desunidos, não conseguiriam enfrentar inimigos comuns[25]. Prússia e Áustria rivalizavam pela hegemonia em relação aos demais Estados Alemães. Além disso, a Bavária, essencialmente católica, Würtemberg, Baden, Hesse e a região do Reno, estavam entre as regiões de maior proeminência política, econômica e social.

A Prússia era governada pela dinastia dos *Hohenzollern*, cujo príncipe-eleitor, desde o século XV, representava o eleitorado de Brandemburgo. Em meados do Século XIX, a Prússia estava sob a autoridade de Frederico Guilherme IV, monarca que se deixou arrastar e influenciar por um nacionalismo que pretendia explorar, tendo demonstrado reiterada consideração e deferência por uma Alemanha unificada, procurando prestigiar todas as regiões sobre as quais pretendia exercer influência. Exemplificativamente, colaborou intensamente na conclusão das obras da Catedral de Colônia, cuja construção fora interrompida em 1559[26].

Antes do Parlamento de Frankfurt, pressionado para promulgar uma Constituição para a Prússia, Frederico Guilherme IV afirmou que não desejava que uma *folha de papel* interviesse nas relações entre ele, soberano por direito divino, e seu povo; o Rei da Prússia associava a ideia de Constituição à revolução francesa, episódio que seguramente execrava, como monarca absolutista[27].

A proposito disso, é nessa passagem - *uma folha de papel* - que talvez coincidentemente possa se colher a metáfora que teria inspirado Ferdinand Lassalle (1825-1864), contemporâneo dos fatos[28]. Para Lassalle, a Constituição consistiria em um conjunto de *fatores reais de poder*, escritos em uma folha de papel, de tal sorte que sem os primeiros, o texto constitucional perderia sentido e

[25] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit. p. 4.
[26] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 107.
[27] Ibidem, p. 44.
[28] À época das reuniões do *Parlamento de Frankfurt* Ferdinand Lassalle não estava presente às reuniões, embora tenha acompanhado com muito interesse as discussões, como sugerem seus biógrafos. Conferir FOOTMAN, David. *Ferdinand Lassalle- Romantic Revolucionary,* New Haven: Yale University Press, 1947, pp. 62 e ss., BRANDES, Georg. *Ferdinand Lassalle,* New York: Macmillan Company, 1911; há versão fac-símile de 2005, na coleção Elibron Classics, editada pela Adamant Media Coorporation.

eficácia social, resumindo-se, tão somente, à sua expressão escrita, politicamente irrelevante[29], e, portanto, não passaria de uma *mera folha de papel*.

Na época, como já adiantado, vivia-se na Alemanha uma incontida frustração decorrente das humilhações impostas pelos exércitos de Napoleão. Recorria-se, como contra-ataque cultural, à ideia de Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), para quem um Estado alemão unido e independente seria a alternativa para que os alemães não fossem novamente afrontados; no amplamente divulgado texto *Reden an die Deutsche Nation* (*Discursos para a Nação Alemã*), ainda de 1806, Fichte pregava a união de uma imaginária nação alemã, que este filósofo entendia como única e original[30].

Um forte nacionalismo contaminou a Alemanha em meados do século XIX. Frederico Guilherme IV se exibia pelas ruas de Berlim com braçadeiras de cores vermelha, negra e dourada[31] e em várias cidades alemãs eram agitadas bandeiras com essas cores. O nacionalismo fora desencadeado, entre outros, pela questão das fronteiras do Rio Reno, tema recorrente nas difíceis relações da Confederação Alemã com a França.

Nikolaus Becker (1809-1845), poeta e romântico revolucionário, captou esse sentimento em várias canções patrióticas, destacando-se a célebre *Canção do Reno*, cujo primeiro verso realçava que os invasores "*não dominariam o livre Reno alemão, ainda que gritassem como corvos avarentos, até que suas vozes ficassem roucas*"[32]. Hoffmann von Fallersleben (1798-1874), também poeta e músico, compôs *Das Lied der Deutschen*, cuja terceira estrofe, musicada por Joseph Haydn (1732-1809), pode ser considerada uma alentada referência ao pangermanismo[33].

O ambiente histórico da Alemanha de meados do século XIX foi marcadamente caracterizado pelo desenvolvimento de uma consciência nacional.

---

[29] Cf. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição,* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 17. Texto compilado em tradução do alemão para o português por Walter Stönner.

[30] Cf. WATSON, Peter. *The German Genius- Europe´s Third Renaissance, the Second Scientific Revolution and the Twentieth Century,* London: Simon & Schuster, 2010, p. 262.

[31] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 111.

[32] No original: "*Sie sollen ihn nicht haben, den frein deutschen Rhein, ob sie wie gier'ge raben sich heiser danar schrein".*

[33] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 107.

Esse ingrediente, somado ao conjunto de causas em seguida explicitado, possibilitou a *Primavera dos Povos* no cenário alemão, bem como a elaboração da CISP (*Paulskirchen Verfassung),* ainda que a agitação política e a Constituição dele derivada tivessem curta duração, porquanto a revolução e o esforço constitucional foram tragados pelas ondas da reação tradicionalista.

Nesse sentido, é possível afirmar que foi um conjunto de causas ideológicas, políticas e materiais que desencadeou os movimentos revolucionários alemães de meados do século XIX. Propagou-se um espírito crítico, epígono da revolução francesa, marcado pela oposição intransigente ao absolutismo monárquico e às hierarquias sociais dependentes do fator nascimento. Alastrou-se uma demanda por direitos civis, que traduzia uma nova concepção de vida, que se desdobrava em espaços urbanos nos quais expectativas de bem-estar grassavam com maior probabilidade. Liberdades individuais eram exigidas, o que também refletia a influência do ideário francês, amado e, paradoxalmente, detestado, neste último caso – e como já assinalado - como resultado da era napoleônica[34].

Da pauta política sustentada pelo movimento, extrai-se a garantia plena, por um Estado unificado, dos direitos de propriedade. O modelo inglês, no qual também se inspiraram os revolucionários, previa a liberdade de expressão e de imprensa, assim como as liberdades de associação, de participação eleitoral, e de sujeição tributária passiva. O núcleo duro da defesa da igualdade perante a lei sustentava, entre outros, uma demanda pela igualdade de acesso ao serviço público, com base no mérito[35].

Do ponto de vista político, o clamor pela unificação nacional foi mecanismo de correção comparativa. Os alemães não viveram as experiências unificadoras da Península Ibérica, da França e da Inglaterra, situação que ficou diferida para 1871, como resultado da ação de Otto von Bismarck, na sequência da guerra Franco-Prussiana, com a derrota da primeira. A ideia de *nação*, portanto, aproximou, na Alemanha, conservadores e democratas progressistas[36].

---

[34] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 3.
[35] Ibidem, p. 3.
[36] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 5.

Assim, de modo diverso do que se deu na França no período revolucionário, onde a movimento constitucional e a promulgação da primeira Constituição escrita (1791) se deu num contexto marcado pela preexistência de Estado nacional centralizado, na Alemanha, o Estado que se pretendia constituir ainda não existia como tal, de tal sorte que a formação da unidade assumiu um peso particularmente relevante em todo o processo, seja na sua motivação, seja no que diz com o seu desenvolvimento[37].

No plano econômico, uma violenta crise se alastrava desde 1846, ano particularmente difícil, o que se explica pelas péssimas colheitas; trabalhadores e camponeses se desesperavam com a fome e a miséria[38]. Essa crise provocou intensa angústia vivida pelos trabalhadores. Os preços dos alimentos subiram muito, o que resultou numa fome generalizada entre as camadas mais pobres da população. Várias doenças, como o tifo e a cólera, decorrentes da instabilidade alimentar, limitaram a força de trabalho. Rendas baixas e desemprego alarmante contribuíram para o desânimo geral. Os mendigos se multiplicaram, bem como a pequena criminalidade. Para alguns, a industrialização era responsável por tanta desgraça; para outros, seria a solução[39].

Além disso – o que veio a ser objeto de consideração na formatação do catálogo de direitos fundamentais da CISP – cuidou-se de um período marcado por intensos movimentos de emigração, precisamente em virtude da grave crise econômica e da desesperança com a falta de perspectivas para boa parte da população das classes menos abastadas.

Do ponto de vista cultural, as influências da revolução francesa reverberaram também no assim chamado romantismo alemão[40]. Os românticos de língua alemã substancializaram o ideal unificador como uma utopia possível. Entre eles, John Wolfgang Goethe (1749-1822), Friedrich von Schiller (1759-1805), Friedrich Hölderlin (1770-1843) e Johan von Herder (1744-1803), representantes

---

[37] Cf. WAHL, Rainer. "Die Entwicklung des deutschen Verfassungsstaates". In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987, p. 17.
[38] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 4.
[39] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 109.
[40] Cf. FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany,* Cambridge: Cambrigde University Press, 2005, pp. 94 e ss.

do pensamento iluminista no território germânico[41]. A intelectualidade alemã participou intensamente do movimento iluminista (*Aufklärung*)[42], especialmente quanto à possibilidade de transformação do pensamento em ação, da contemplação reflexiva em ação revolucionária[43].

Tornou-se um mote a célebre primeira frase de Kant no simbólico texto no qual respondia o que seria o iluminismo, que definiu como *"a saída do homem de sua menoridade de que ele próprio é culpado"*[44]. A obsessão para com a busca do saber, celebrada por Goethe[45] na entrada do *Fausto*[46] aproximou humanistas e nacionalistas, burgueses e aristocratas. A competição com a França também se deu intensamente no campo cultural. Como reação à afirmação de que a grandeza da França seria um subproduto político de um contexto cultural denominado de *"la civilisation française"* os alemães tentaram construir um ambiente cultural também proeminente próprio, uma cultura alemã -*"die Deutsche Kultur"*[47].

---

[41] Essa influência também se deu no campo da música. A *Flauta Mágica,* de Mozart, cujo libreto é de autoria de Emanuel Schikaneder, celebra, especialmente no primeiro ato, a superioridade da razão, na cena do Templo da Sabedoria. Cf. KRAMNICK, Isaac. *The Portable Enlightenment Reader,* London: Penguin Books, 1995, p. 25. Ilustrativas também as memórias de Lorenzo da Ponte, libretista de *As Núpcias de Fígaro* e de *Don Giovanni,* ambas de autoria de Mozart. Conferir PONTE, Lorenzo da. *Memórias,* Rio de Janeiro: Lacerda, 1998. Tradução de Vera Horn.

[42] Os pensadores alemães também eram membros de uma imaginária *République des Lettres*, que de algum modo envolvia a aproximava a intelectualidade europeia em torno dos ideais de racionalidade e de liberdade. Conferir, nesse tema, GAY, Peter. *The Enlightenment- The Science of Freedom,* New York and London: W. W. Norton & Company, 1996, pp. 57 e ss.

[43] Cf. CASSIRER, Ernest. *The Philosophy of the Enlightenment,* Princeton: Princeton University Press,

[44] KANT, Immanuel. *O que é o Iluminismo ?*. In: *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Lisboa: Edições 70, s.d., p. 11. Tradução de Artur Morão.

[45] A relação de Goethe com o iluminismo e com os demais autores do romantismo alemão é explorada por REYES, Alfonso. *Trayectoria de Goethe,* Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1989.

[46] Goethe inicia o *Fausto* com os seguintes versos enigmáticos: *"Ai de mim! da Filosofia, Medicina, Jurisprudência, E, mísero eu!, da Teologia, O estudo fiz, com máxima insistência"*, no original: *"Habe nun, ach! Philosophie, Juristerei und Medizin, Und leider auch Theologie, Durchaus studiert, mit heiȿem Bemühn"*. GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto,* São Paulo: Editora 34, 2004, pp. 62-63. Tradução do alemão para o português de Jenny Klabin Segall.

[47] Cf. ELIAS, Norbert. *Os Alemães- A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 130. Tradução do alemão para o português de Álvaro Cabral.

1.2.3 Algumas notas a respeito da formação do parlamento de Frankfurt e dos debates ao longo do processo constituinte

O processo que, de modo mais intenso e com expressiva rapidez, desembocou na promulgação da CISP, de 1849, teve início apenas três dias depois da renúncia do Rei Louis Philippe, na França, quando, em 27.02.1848, em Mannheim, uma assembleia popular, que, dentre outras reivindicações, pleiteava a criação de um Parlamento Alemão, episódio que levou quase que imediatamente a uma difusão, de modo descentralizado, do movimento revolucionário por praticamente todos os Estados alemães, esbarrando em praticamente nenhuma resistência da parte dos Príncipes, que logo formaram governos integrados por pessoas da confiança geral[48]. Particularmente violentos foram os levantes em Viena e em Berlim, resultando em 48 e 303 mortos, respectivamente. Em vista disso e da persistente pressão dos revoltosos, tanto o Imperador Ferdinando, da Áustria, em 15.03, quanto o Rei Frederico Guilherme IV, da Prússia, em 18.03.1848, renunciaram ao uso da força militar para sufocar o movimento, se comprometeram a promover a elaboração de uma Carta Constitucional[49].

A Revolução de Fevereiro (22-24.02.1848), na França, além dos elementos já referidos e que foram decisivos para acionar (ademais de influenciar) o processo revolucionário na Alemanha, - também acentuou a preocupação em torno de eventuais ideais expansivos franceses, o que veio a reforçar os pleitos no sentido de reforçar os elos entre os estados alemães e mesmo os reclamos em prol da unificação em torno de uma representação nacional[50].

Reagindo a tal provocação, a Assembleia Geral da Confederação (*Bundesversammlung)*, mediante resoluções expedidas em 30.03 e 07.04.1848, convocou os governos dos Estados a promoverem eleições com vistas à escolha de seus respectivos representantes que iram integrar a Assembleia Nacional

---

[48] PAULY, Walter. Die Verfassung der Paulskirche und ihre Folgewirkungen. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Coord.). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, p. 97.
[49] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 97-98.
[50] Cf. KÜHNE, Jörg-Detlef. *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren Deutschen Rechtsleben*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag, 1985, p. 32.

(*Nationalversammlung*) a ser formada [51] . As eleições, cuja configuração e execução foi atribuída de modo individual a cada Estado, não ocorreram ao mesmo tempo (as eleições foram realizadas em dias diferentes) e nem do mesmo modo, variando, por exemplo, a garantia – ou não - do sigilo da votação, a opção pelo voto direto ou indireto e o caráter mais ou menos inclusivo do processo quanto ao eleitorado (voto censitário), oscilando o percentual de exclusão entre 05 e 25% da população com idade para votar[52].

Assim, foi apenas em 18.05.1848, em Frankfurt, cidade de grande importância histórica, na qual vários dos antigos imperadores alemães foram coroados, que a Assembleia Nacional, o assim chamado Parlamento de Frankfurt, acabou sendo instalada, tendo as reuniões, debates e votações ocorrido na célebre Catedral de São Paulo (*Paulskirche*), razão pela qual a Constituição de 1849 passou a ser conhecida como a Constituição da Igreja de São Paulo - CISP (*Paulskirchenverfassung*).

Calha sublinhar que, quando da abertura dos trabalhos, a Assembleia não contava com o total de 649 representantes que havia sido estabelecido pela legislação convocatória, de tal sorte que o número efetivo de integrantes ficou reduzido a 585, muito embora em nenhum momento todos tivessem estado presentes, variando entre 400 e 540, a depender da relevância da matéria discutida e submetida à deliberação, e, contando as substituições ao longo do processo, o número chegou a 812 representantes[53].

Aspecto que chama a atenção, é o fato de que do total de integrantes, 436 eram servidores públicos (professores, magistrados, prefeitos, militares, etc.) e 491 tinham formação jurídica. Em termos mais detalhados, se fizerem presentes 49 professores universitários, 57 professores de ensino fundamental e médio, 157 juízes, 66 advogados, 20 prefeitos, 118 funcionários públicos, 18 médicos, 43 escritores, 16 pastores protestantes, 17 padres católicos, 16 oficiais do exército, bem como 116 outros parlamentares que eram nobres, industriais, comerciantes,

[51] PAULY, Walter, op.cit., p. 101-2.
[52] Ibidem, p. 101-2.
[53] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 102.

banqueiros e grandes proprietários rurais[54]. Salvo três camponeses e quatro trabalhadores manuais, a Assembleia não contou com a presença de integrantes das classes mais desfavorecidas da população, destacando-se a absoluta ausência da classe operária[55]. A falta de representação do operariado, que sequer era organizado na forma de um partido político, é, todavia, explicada a partir do fato de que, à época, o comportamento eleitoral dos trabalhadores não era voltado exclusivamente à representação dos interesses específicos da classe trabalhadora[56]. Assim, a Assembleia Constituinte, acabou sendo dominada por servidores públicos e juristas, embora destinada a enfrentar e reconstruir as arraigadas estruturas tradicionais da Alemanha[57].

Houve, portanto, forte influência universitária no Parlamento de Frankfurt, porquanto a maioria dos representantes possuía diploma de curso superior, sendo digno de referência que, em 1848, havia dezenove universidades na Alemanha e quatro na Áustria[58]. Os professores de Direito foram muito ativos no Parlamento (embora, segundo alguns, seja incorreta a afirmação de que se tratava de um Parlamento de Professores, considerando a presença de apenas 49 professores universitários)[59], especialmente verbalizando demandas discutidas no meio universitário, a exemplo das liberdades de opinião, de imprensa, de consciência e da própria liberdade acadêmica[60].

Nesse contexto, é de se sublinhar que as universidades eram ambientes muito politizados, onde costumavam ser debatidos temas de direito público como constituição, leis orgânicas, reforma administrativa[61].Por conhecerem tais assuntos vários professores foram indicados como representantes de seus

---

[54] Cf. TAYLOR, A. J. P., op. cit., p. 79.
[55] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 102-3.
[56] Cf. SCHOLLER, Heinrich. *Die Grundrechtsdiskussion in der Paulskirche. Eine Dokumentation*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 12.
[57] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 57.
[58] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 260: As universidades alemãs funcionavam em Berlim, Bonn, Breslau, Erlangen, Freiburg, Giessen, Göttingen, Greifswald, Halle, Heildelberg, Jena, Kiel, Königsberg, Leipzig, Marburg, Munich, Rostock, Tübingen e Würzburg. As universidades austríacas funcionavam em Viena, Graz, Innsbruck e Praga (então sob o domínio austríaco).
[59] Cf. a observação de PAULY, Walter, op. cit., p. 102.
[60] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 250.
[61] O ambiente universitário alemão, quanto ao ensino de direito, é descrito com riqueza de pormenor em WAGNER, Francisco Sosa. *Maestros Alemanes del Derecho Público,* Madrid e Barcelona: Marcial Pons 2005.

estados no Parlamento, devendo ser agregado que os professores de Direito tradicionalmente eram conselheiros de príncipes e governantes[62].

Note-se, ainda, que os vários grupos que atuaram no Parlamento eram conhecidos pelos nomes dos cafés que frequentavam. Os conservadores iam ao *Café Milani*. Os liberais de esquerda se reuniam no *Württemberger Hof*. Os democratas frequentavam o *Deutsche Hof e os* radicais se encontravam no *Donners Berg* [63]. Quanto à concepção de Estado e de Governo, os liberais defenderam uma monarquia parlamentar que se reunisse e prestasse contas ao *Bundestag, ao passo que a* ala tida como mais radical lutou pela proclamação de uma República, com poderes executivos e legislativos investidos em uma convenção revolucionária[64].

Tendo em conta as circunstâncias e as ideias que marcaram o momento e contexto histórico da onda revolucionária, o Parlamento de Frankfurt assumiu a condição de um espaço político que se mostrou liberal nos propósitos, mas que, ao fim e ao cabo, acabou sendo conservador no alcance prático. As discussões que se travaram ao longo do processo que resultou na Constituição de 1849, embora a existência de diferentes grupos com distintas inspirações e matrizes ideológicas, revelaram, de modo mais acentuado, um latente e profundo tradicionalismo dos parlamentares, o que contrastava com as expectativas da maioria dos insurrectos que apostavam na constituição que se discutia[65].

Cogitou-se de fixação de uma rota para uma tradição liberal e democrática a partir de um grupo de parlamentares que representavam a aristocracia, as classes médias e dominantes em geral, com total exclusão das massas camponesas e proletárias, a partir de quem o processo revolucionário ganhara substância representativa[66].

Observa-se, nessa quadra, a construção de um sistema de cinco partidos (conservadores, liberais moderados, democratas radicais, católicos e socialistas

[62] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit. p. 248.
[63] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., loc. cit.
[64] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 112.
[65] Nesse tema, e por todos, CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitucional Law,* Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 220 e ss.
[66] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 56.

revolucionários) que – tirante variações pontuais e de nomenclatura - vingou até 1933[67]. Como já sinalizado, tais grupos políticos, mobilizados na Assembleia, não alcançaram consenso, exceto para o tema da unificação alemã, que os aproximava, pelo menos como estratégia de construção de um espaço futuro e possível para a discussão das agendas próprias.

Os conservadores ideologicamente se identificavam com Edmund Burke (1729-1797)[68] e com Hegel[69]. Na Alemanha, o pensamento conservador fora difundido pelo escritor Adam Müller (1779-1829), discípulo de Burke e ex-aluno de Gustav Hugo (1764-1844), grande nome da escola histórica do direito alemão. Os conservadores rejeitavam o racionalismo, especialmente quando aplicado à teologia. Tradicionalistas, pregavam a preservação do passado e de seus valores[70]. No parlamento foram representados, entre outros, pelo já mencionado Leopold von Rancke, notável historiador alemão, que almejava escrever a história como uma disciplina efetivamente científica.

Inspirados fortemente em Joseph von Görres (1776-1848) e liderados, entre outros, por Max von Gagen (1810-1889), este último, um protestante convertido, o grupo católico defendia ideias sociais avançadas, pregando a abolição do trabalho infantil[71].

Os liberais, influenciados pelo liberalismo francês e inglês, defendiam um estado unitário alemão[72]. Entre seus membros, August Ludwig von Rochau (1810-1873), a quem se deve a expressão *"Realpolitik"*[73] e os irmãos Jacob (1785-1863) e Wilhelm Grimm (1786-1859), poetas, escritores, linguistas e fabulistas, nomes centrais na tradição literária alemã contemporânea.

---

[67] Ibidem, p. 34.

[68] O pensamento conservador e reacionário de Burke, crítico da revolução francesa, é colhido na obra máxima do pensador inglês. Conferir, BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France,* London: Penguin Books, 2004.

[69] Em língua portuguesa há excelente estudo sobre o pensamento de Hegel, a propósito da ideia de justiça no contexto de uma doutrina conservadora; conferir, SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Hegel,* São Paulo: Loyola, 1996.

[70] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 36.

[71] Ibidem, p. 37.

[72] Ibidem, p. 38.

[73] A expressão é do livro *"Grundsätze der Realpolitik",* publicado em 1853, após o malogro da revolução e da Constituição. Conferir STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 255.

Jacob Grimm fora aluno de Savigny, com quem viajou a Paris, em missão de estudos cujo objetivo era um levantamento das fontes do direito romano legadas pela idade média. Jacob Grimm inventariou as fontes do direito alemão antigo. Os irmãos Grimm realizaram um intenso trabalho de reunião de antigos contos e estórias populares alemãs, empreitada que no Brasil realizou Silvio Romero, em relação à nossa tradição. A concepção de um dicionário alemão moderno também foi um projeto parcialmente realizado pelos irmãos Grimm.

O realismo da política seria o antídoto para o fracasso da Constituição; o idealismo deveria ser abandonado, devendo-se reconhecer que a arte da política é a arte do sucesso, dirigida para objetivos particulares do Estado[74]. Os radicais, influenciados por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), sofreram a ausência de muitos de seus membros, que estavam no exílio, especialmente em Zurique e Paris. Entre os radicais que atuaram no parlamento de 1848-49 destacou-se Julius Fröbel (1803-1893), intelectual e político que merece realce, por força das influências que exerceu sobre o brasileiro Tobias Barreto (1839-1889) especialmente por suas ideias de darwinismo social e de realismo político. Os temas da Democracia e do Estado, tal como concebidos e advogados por Fröbel, enfatizavam forças políticas locais, postulando-se um federalismo democrático.

Fröbel era um realista, zombava da ideia fixa sobre arranjo e imposição de uma constituição (*die fixe Idee der Konstitution),* lembrando que todos os Estados possuem alguma forma de Constituição *(Jeder Stat hat irgend eine Verfassung*), escrita ou embutida nos princípios que orientam a ação dos vários governos que há. Típico revolucionário romântico do século XIX, Fröbel obteve naturalização suíça, e mais tarde norte-americana, o que não impediu que exercesse o cargo de cônsul alemão na Turquia e na Argélia. Fröbel foi companheiro de lutas de Robert Blum (1807-1848), mártir da revolução alemã de 1848, que foi executado em Viena. Viveu posteriormente nos Estados Unidos, deixando interessante livro de memórias, reconstituindo sua passagem pela América na segunda metade do século XIX.

[74] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., loc. cit.

Havia também um grupo de socialistas revolucionários influenciados por Karl Marx, que também atuava como jornalista, publicando artigos explosivos na Gazeta Renana. Originário de um grupo de hegelianos de esquerda, Marx rompeu com o estado prussiano e com o liberalismo burguês em 1843[75]. Em 1846 rompeu também com Proudhon[76]. O *Manifesto do Partido Comunista,* escrito por Marx e Engels em 1848, pode ser lido também como um programa de ação e como agenda tática para os socialistas alemães, engajados na *Primavera dos Povos* e posteriormente no Parlamento de Frankfurt[77].

Os socialistas revolucionários eram um subproduto da industrialização alemã, e da concentração de riquezas que o modelo econômico engendrou. Seus membros vinham de regiões mais industrializadas, a exemplo da Silésia, da Saxônia, do Reno, da Westfalia e, especialmente, de Berlim, o centro da indústria manufatureira alemã. Entre os socialistas revolucionários alemães destacava-se Karl Schapper (1812-1870), criador e estimulador de um grupo revolucionário muito atuante, a *Liga dos Justos.*

O *Parlamento de Frankfurt* foi presidido pelo liberal Heinrich von Gagern (1799-1880), eleito numa primeira sessão, quando obteve 305 dos 397 votos dos que estavam presentes[78]. Um grupo de notáveis participou das discussões, entre eles, o poeta nacionalista Ludwig Uhland (1787-1862) e os já citados Ernest Moritz Arndt, Robert Blum e Jakob Grimm. Há registros também da presença de Gabriel Riesser (1806-1863), de origem judaica, e que lutou para que na Constituição se consignasse regras que dispusessem sobre a emancipação dos judeus.

Grandes debates sobre questões políticas de fundo agitaram o *Parlamento de Frankfurt.* Os papeis da Prússia e da Áustria, no contexto de uma nova Alemanha, suscitaram duas posições inconciliáveis: uma *Grande Alemanha* (*Groβdeutschland*), isto é, uma Alemanha *com* a Áustria, e, ou, como pretendia a

[75] Conferir LÖWY, Michael. *A Teoria da Revolução no Jovem Marx,* Petrópolis: Vozes, 2002, pp. 73 e ss. Tradução do francês para o português de Anderson Gonçalves.
[76] Esse rompimento está explicado em livro que Marx redigiu para impugnar Proudhon, em temas essencialmente econômicos, a exemplo de questões relativas à compreensão de valor de utilidade, valor de troca, divisão do trabalho, propriedade, renda, greve, entre outros. MARX, Karl. *Miséria da Filosofia,* São Paulo: Centauro, 2001. Tradução de Paulo Ferreira Leite.
[77] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 41.
[78] Ibidem, p. 58.

Áustria, uma *pequena Alemanha* (*Kleindeutschland),* isto é, uma nova Alemanha, *sem* a Áustria[79].

Ao longo das discussões, indicou-se um *Regente* para a Alemanha) e a escolha recaiu sobre o Arquiduque João da Áustria[80]. A escolha matizava um eloquente simbolismo. O indicado era um nobre que se casou com a filha de um carteiro, o que supostamente implicava uma aproximação entre ricos e pobres[81].

A alternativa revelou-se patética. A atuação e aceitação do Arquiduque austríaco por parte do povo, foi praticamente nula, suscitando desconfiança para com as fórmulas políticas que se discutiam. Já se argumentou, inclusive, de modo acentuadamente irônico, que "a Assembleia de Frankfurt fracassou não porque discutisse conceitos teóricos inúteis, mas porque as duas maiores potências germânicas, a Prússia e a Áustria, tinham readquirido seu poder militar e recusaram colocar suas armas sob a liderança do arquiduque João (...)"[82]. Essa situação, por sua vez, coloca em evidência outra razão do malogro da Assembleia, porquanto essa não possuía um exército ou qualquer outro instrumento de coerção para fazer cumprir suas resoluções[83].

Ainda que não tenha entrado efetivamente em vigor, a CISP de 1849 engendrou pela primeira vez arranjos institucionais para uma Alemanha unificada, pretensamente liberal e democrática, na qual se identificariam e se protegeriam direitos fundamentais. Definiu-se um Estado Federal imaginariamente garantidor de direitos fundamentais e políticos para os cidadãos alemães. Seguiu-se a tradição de um movimento liberal e constitucionalista, que, na Alemanha, radicava nas especulações de Immanuel Kant (1724-1804), para quem o emprego de uma razão prática conduziria à liberdade, instância de absoluta necessidade para indivíduos racionais[84]. A autonomia da ordem moral, intrínseca na tradição

[79] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 114.
[80] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 10.
[81] Ibidem, p.10
[82] KENT, George O., op cit., p. 19.
[83] Cf. KENT, George O., cit., loc. cit.
[84] Cf. KANT, Immanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals,* New York: Prometheus, 1998, pp. 96-97. Tradução do alemão para o inglês de T. K. Abbot. Os temas do republicanismo em Kant também são explorados em um conjunto de ensaios coordenados por Alexandre Travessoni, redigidos, entre outros, por Bernd Ludwig, Christine M. Korsgaard, Javier Herrero, Guido Antonio de Almeida, Ricardo Terra, Valerio Rohden e Wolfgang Kersting. Conferir TRAVESSONI, Alexandre (coord.). *Kant e o Direito,* Belo Horizonte: Fundamentos, 2009.

filosófica alemã[85], exigia garantias políticas e institucionais que se esperava de um Estado liberal.

A CISP, simboliza também a luta pelos Direitos Fundamentais na Alemanha, país que – mesmo depois da recepção e difusão do constitucionalismo a partir das Guerras Napoleônicas, tradicionalmente era marcado pelo autoritarismo. Em especial a partir do Século XIX, tal viés autoritário passou a se inspirar em muito nas reflexões de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), para quem a Constituição de um estado racional exigiria três elementos, ou poderes (*Gewalten*), nomeadamente, um monarca hereditário, um poder governamental forte (*Regierungsgewalt*) e um poder legislativo de feição universal (*gesetzgebende Gewalt*)[86].

Para Hegel, a atividade concreta das leis seria justamente o governo[87], e não – como no caso de Rousseau - a representação da vontade geral, núcleo da tradição democrática radical[88]. No governo – de acordo com essa tradição autoritária, absolutamente refratária ao liberalismo -⁻ estariam compreendidos os poderes jurídicos e administrativos que afirmariam o interesse geral na própria interioridade dos fins particulares[89], o que não se confundiria com a vontade geral da tradição do filósofo de Genebra[90]. Houve também uma forte influência do pensamento de Wilhelm von Humboldt (1767-1835), para quem há limites para a presença do Estado na vida do cidadão, percepção liberal que também funcionou

[85] Cf. PINKARD, Terry. *German Philosophy- 1760-1860, the Legacy of Idealism,* Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 45 e ss.
[86] Essa é explorado na literatura secundária por INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, pp. 122 e ss., tradução do inglês para o português de Álvaro Cabral.
[87] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História,* Brasília: Editora da UnB, 1999. Tradução do alemão para o português de Maria Rodrigues e Hans Harden.
[88] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social,* Paris: Flammarion, 1966. No *Contrato Social* usa a expressão *vontade geral* por cerca de 60 vezes; na mesma obra, refere-se à *vontade corporativa* cerca de 78 vezes. Esta diferencia-se daquela, em Rousseau, na medida em que revela interesse de grupo identificado e específico. À *vontade geral* Rousseau qualifica o conjunto de aspirações sensivelmente majoritárias. Conferir também a tradução do *Contrato Social* para o português, de Antonio de Padua Danesi, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
[89] Cf. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito,* Lisboa: Guimarães Editores, 1990, p. 272.
[90] O pensamento de J. J. Rousseau e a tradição do *contrato social* são explorados, entre outros, por McCLELLAND, J. S.. *A History of Western Politial Thought,* London and Routledge, 1996, pp. 171-249.

como um antídoto à tradição autocrática hegeliana[91].

A CISP também refletiu demandas de uma emergente classe média que harmonizava com um senso relativamente comum de combate aos elementos feudais da organização social e política nos estados alemães. A classe média alemã surgiu e se desenvolveu com o crescimento da indústria e do comércio, manifestava-se por meio de jornais e debates, representava uma opinião pública de importância considerável, influenciada pelo conceito de democracia de Immanuel Kant[92].

Além disso, o texto constitucional elaborado na Igreja de São Paulo significou também uma rejeição à ordem do Congresso de Viena por parte de todas as alas que integravam o Parlamento, unindo, nesse particular, conservadores e liberais, mas aceita parcialmente por uma população mal informada[93].

Outrossim, as concepções incorporadas ao texto constitucional, significaram o reconhecimento de algumas pautas de reivindicação de grupos juvenis politizados. Tais grupos eram conhecidos como "*Burschenschaft*", espécie de confraria nascida ao longo das guerras napoleônicas e fortemente influenciada por um ideário nacionalista[94]. Entre os líderes da "*Burschenschaft*" se destacou Friedrich Ludwig Jahn (1778-1752), incentivador da prática atividades esportivas ao ar livre, incentivador de atividades físicas, então denominada de "*ginástica*", e que também atuou no Parlamento e na Assembleia Nacional. Ao seu lado, e com igual importância no Parlamento, Ernst Moritz Arndt (1769-1860), poeta nacionalista e feroz opositor das relações servis remanescentes do feudalismo[95]. Sobre tais grupos e de acordo com um estudioso do tema do nacionalismo:

> Em 1817, os estudantes e intelectuais liberais reunidos nos Burschenschaften, reclamam insistentemente a Constituição. Infelizmente, já se encontram divididos entre os partidários da Grande Alemanha conduzida pela Áustria e

---

[91] HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Ação do Estado,* Rio de Janeiro: Topbooks, 2004. Tradução do alemão para o português de Jesualdo Correia.
[92] KOCH, H. W.. *A Constitutional History of Germany,* London and New York: Longman, 1984, pp. 34 e 35.
[93] Cf. TAYLOR, A. J. P.. *The Course of German History,* London and New York: Routledge, 2001, p. 67.
[94] Cf. TAYLOR, A. J. P., op. cit., p. 72.
[95] Cf. TAYLOR, A. J. P., op. cit., loc. cit.

> os da tendência Kleindeutsche – Pequena Alemanha- que apostam na Prússia. Oscilam também entre a luta pela democracia em cada um dos Estados alemães e o combate pela unidade[96].

Que as ideologias, tradições e reivindicações que mobilizaram os diversos grupos e movimentos que acabaram por levar ao processo constituinte e que também se fizerem representados nos debates travados no âmbito da Assembleia Nacional, acabaram sendo, em maior ou menor medida, incorporados ao texto da Carta de Direitos Fundamentais e da CISP de 1849, resulta evidente.

Quanto ao processo deliberativo que desembocou na elaboração e aprovação da CISP, há que destacar o seu desdobramento em três importantes etapas.

Num primeiro momento, uma comissão formada por 17 integrantes (homens de confiança – *Vertrauensmänner*) eleitos pelo Parlamento de Frankfurt e que se reuniu já antes mesmo da reunião da própria Assembleia Nacional, elaborou um projeto de constituição que, a despeito de muito equilibrado, reunindo e conciliando elementos monárquicos, federativos e parlamentares (democrático-representativos), ademais de um expressivo e liberal catálogo de direitos fundamentais, acabou sendo recusado, muito embora tenha tido significativa influência sobre as etapas subsequentes[97].

Em 24.05.1848 a Assembleia Nacional elegeu uma comissão constitucional permanente, composta por 30 integrantes, dentre os quais estavam alguns dos principais líderes da Assembleia, como é o caso de Robert von Mohl, Friedrich C. Dahlmann, Georg Beseler, Carl Mittermaier, Carl T. Welcker, Johan G. Droysen e Georg Waiz, todos juristas de renome[98]. Tendo sido refutado o projeto submetido à Assembleia Nacional pela Comissão dos 17, a Comissão Permanente elaborou um projeto próprio, tendo por base um anteprojeto formatado, por sua vez, por uma subcomissão formada pelos representantes Dahlmann, von Mohl e Mühlfeld, este

---

[96] HERMET, Guy. *História das Nações e do Nacionalismo na Europa,* Lisboa: Editorial Estampa, 1996, p. 147. Tradução do francês para o português de Ana Moura.
[97] Cf. SCHOLLER, Heinrich, op. cit., p. 13-15.
[98] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 108.

último advogado em Viena, cuja versão final foi submetida à Assembleia Nacional, em 19.06.1848[99].

Relativamente aos debates promovidos na Assembleia Nacional, com base no projeto submetido pela Comissão Constitucional, o foco inicial foram os direitos fundamentais, que, antes mesmo da elaboração do texto constitucional como um todo, resultou, em 27 de dezembro de 1848, no solene anúncio, pela Assembleia, de um documento denominado de *"Die Grundrechte des deutschen Volkes*" (Os Direitos Fundamentais do Povo Alemão)[100], que, na sequência, viria a ser incorporado à Constituição, aprovada e promulgada em 27.03.1849.

À vista do exposto, o que nos move a partir de agora é apresentar, em linhas gerais, o conteúdo da CISP. Todavia, não havendo como apresentar e analisar todas as partes do texto constitucional com alguma verticalidade e mesmo estando o presente texto centrado na parte relativa aos direitos fundamentais, importa pelo menos oferecer uma visão panorâmica sobre o conjunto da obra dos constituintes de Frankfurt, inclusive de modo a demonstrar como a CISP dialogava com o contexto histórico, político, social, econômico e cultural referido nas partes introdutórias, mas também veiculava um conteúdo progressista, a ponto de influenciar, em vários pontos, as constituições alemãs futuras, em especial, a Constituição de Weimar, de 1919, e a Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

1.3 O conteúdo do texto aprovado, mas não implementado, da *Paulskirchen Verfassung*, com destaque para a configuração e significado do catálogo de direitos fundamentais

1.3.1 Breve mirada sobre o conteúdo em termos gerais – organização do Estado e dos Poderes

O texto final da CISP de 1849, aprovado por uma apertada diferença, 267 a 263 votos, e promulgado em 27.03.1849, foi estruturado em sete partes, tendo sido construído com rigor lógico, representativo de uma já na época avançada ciência

---

[99] Cf. SCHOLLER, Heinrich, op. cit., p. 15.
[100] CAENEGEN, R. C. van, op. cit., p. 220.

do direito público[101]. A primeira parte (I), dispunha sobre a forma de Estado. A parte II tratava dos poderes desse Estado. A parte III cuidaria da autoridade central. A parte IV dispunha sobre o poder legislativo. A parte V explicitava como funcionaria o poder judiciário. A parte VI elencava os direitos individuais e a seção final, VII, se preocupava com as garantias de efetividade da Constituição então votada[102].

Quanto a organização do Estado - do *Reich* (Império) – assume cimeira importância o fato, já referido, de que, diferentemente do que se deu na França, na Alemanha se tinha, quando da reunião da Assembleia Nacional, o Estado Nacional unificado que se pretendia constituir ainda não existia, de tal sorte que o primeiro e principal desafio era o de definir e formatar uma organização estatal adequada e consensual.

Importa sublinhar que a "Nova Alemanha" de 1849, foi concebida como uma espécie de Federação, constituída, no que diz com o seu território, pelos Estados que integravam a Confederação Alemã (Seção I, artigo I, § 1º). Além disso, é digno de nota de que os antigos Estados, reunidos sob a égide da Constituição, mantinham a sua autonomia, prerrogativas e poderes, na medida em que não transferidas ao Reich e não limitadas pelo poder central (Seção I, Artigo I, § 5º).

Em que pese o intento original prevalente, os autores do texto constitucional não conseguiram superar as disparidades que havia entre os vários estados existentes, de tal sorte que, ao fim e ao cabo, o ideal federativo acabou sendo significativamente fragilizado [103] . Cuidava-se, além disso, de um modelo centralizado, porquanto ao poder central foram reservadas um conjunto substancial de competências sobre as mais diversas matérias, em especial ligadas à defesa e à segurança, mas também em matéria de navegação, tributação e controle das aduanas. Da mesma forma, o sistema bancário, a emissão de papel moeda e os serviços postais estavam concentrados na esfera de competências do poder central.

---

[101] As linhas gerais do direito público alemão à época estão sintetizadas em STOLLEIS, Michael. *Öffentliches Recht in Deutschland*, München: C. H. Beck, 2014.

[102] As linhas gerais do texto constitucional, do ponto de vista histórico, são exploradas por EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*, München: C. H. Beck, 2013, pp. 293-301.

[103] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 119.

No que diz com a forma e o sistema de governo, a CISP, diferentemente do que se deu na França, onde o movimento revolucionário resultou na reintrodução da República, optou pela Monarquia, que, aliás, era a forma de governo adotada por todos os Estados que integravam a Confederação alemã à época. Tratava-se, todavia – em sintonia com os ideias do movimento revolucionário e como já lembrado – de uma monarquia constitucional, exercida por um Imperador, mas o fundamento do próprio Império, assim como da Monarquia e do poder do Monarca, ademais das suas relações com os demais órgãos do Estado e o seu vínculo com o Povo, era a Constituição, sendo expressivo dessa legitimação e vinculação jurídico-constitucional do poder, o fato de que o Título oficialmente portado pelo Monarca – § 68 - era o de Imperador dos Alemães (*Kaiser der Deutschen*)[104]. A dignidade Imperial, da chefia do Estado, deveria ser transferia a um príncipe alemão no exercício da regência, sendo transmitida aos herdeiros pela linha masculina e atribuída ao filho primogênito (§§ 68 e 69).

Os poderes assegurados ao Imperador também demonstravam o perfil centralizador e concentrador já referido, como, por exemplo, a representação do Império no plano internacional (§ 75), a declaração da Guerra e da Paz (§ 76), a convocação e dissolução do Parlamento (Reichstag) - § 79, o direito/poder de indulto e do perdão embora este, quando se tratasse de um Ministro do Império, estava condicionado a requerimento da Casa do Parlamento de onde partiu a denúncia, estando tal direito vedado no caso de se tratar de um Ministro dos Estados (§ 81). Além disso, o Imperador dispunha sobre as forças armadas (§ 83). Em especial, a teor do disposto no § 84, o Imperador detinha o poder de Governo em todas as questões do Império, de acordo com o disposto na Constituição, exercendo todos os direitos e atribuições asseguradas ao Poder do Império (*Reichsgewalt*) e não atribuídas ao Parlamento (*Reichstag*).

De qualquer sorte, a despeito da concentração de poderes no governo central e nas mãos do Imperador, os limites eram postos pela Constituição, ressaltando-se também aqui a concepção de uma monarquia do tipo constitucional. Note-se, por outro lado, que, por não se tratar de um sistema

[104] Cf. WAHL, Rainer. *Verfassunsgsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 308-9.

parlamentar à feição do modelo britânico, o Imperador deveria exercer tanto a chefia e representação do Estado, quanto as prerrogativas e deveres funcionais de um chefe de governo. Aliás, tal concepção, de acordo com a qual o Chefe do Poder Executivo centralizava expressiva carga de poder, chegou a ser tida como insustentável, por paradoxal e fragmentada[105].

Quanto ao Poder Legislativo, o Parlamento (*Reichstag*), por sua vez, era composto por um *Staatenhaus* (Casa dos Estados), cujos integrantes representavam os Estados da Federação, bem como por uma Casa dos Representantes do Povo (*Volkshaus*) (§ 85). No caso dos Representantes dos Estados (*Staatenhaus*), por sua vez, os seus integrantes eram nomeados, metade pelo Governo e metade pela representação popular dos respectivos estados (§ 88), com mandato de seis anos, mediante renovação a cada três, viável a reeleição dos excluídos (§ 92).

Os representantes da Casa do Povo, com mandato de quatro anos e, no caso de reeleição, com mandato de três anos (§§ 93 e 94), deveriam ser eleitos mediante eleições de caráter geral e pelo voto direto e secreto e em condições de igualdade, regidos pelo princípio da representação não vinculada a determinadas diretrizes, ademais de gozarem de imunidades. Tais imunidades compreendiam a impossibilidade de investigação e de prisão em virtude de acusação criminal durante o período da sessão legislativa e sem a autorização da respectiva Casa, salvo em situação de flagrante delito (§ 117). Neste último caso, a prisão deveria ser comunicada imediatamente à Casa do Povo que poderia suspender a prisão e/ou investigação até o final da sessão legislativa (§ 118). Além disso, nenhum representante do povo poderia, a qualquer tempo, ser responsabilizado judicialmente ou mesmo em caráter disciplinar, pelos seus votos ou por opiniões emitidas no exercício de seu mandato (§ 119).

Tudo isso, aqui apresentado em apertada síntese, revela que, a despeito da centralização do poder nas mãos do Executivo, os constituintes da Igreja de São Paulo apostaram na formatação de um Poder Legislativo significativamente fortalecido e independente, ademais de democraticamente legitimado, visto que

---

[105] Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución,* Madrid: Allianza Editorial, 2011, p. 97. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Ayala.

mesmo no caso da Casa dos Estados e sendo os respectivos representantes nomeados, metade era nomeada pela representação popular. Por tais razões, mesmo que não se tratasse de uma democracia robusta, a concepção veiculada pela CISP representava um real e importante avanço em relação ao modelo das experiências constitucionais dos Estados alemães então vigentes.

Um conjunto de disposições da CISP prestigiava o Poder Judiciário, ao qual se reservou toda a jurisdição, de tal sorte que, de acordo com o § 174 e 175, toda Jurisdição decorre do Estado, sendo assegurada a independência do Poder Judiciário, bem como garantido o juiz natural e expressamente vedada a criação de tribunais de exceção[106]. A jurisdição correspondente ao Império (Reich) era exercida por um Tribunal do Império (*Reichsgericht*), a teor do § 125[107]. Proibiu-se que juízes fossem removidos ou que sofressem ameaças em relação a suas posições e salários, salvo por força de decisão judicial baseada na lei, o mesmo valendo para eventuais suspensões ou aposentação compulsória antes do prazo regulamentar[108]. Além disso, foi proibida a existência de foros privilegiados (§ 176). No que diz com a Justiça Militar, sua competência era restrita a crimes e violações de caráter disciplinar praticados por militares (§ 176). Chama a atenção, além disso, a prescrição do caráter oral e público dos processos judiciais, salvo em casos excepcionais regulados em lei (§ 179).

De especial relevância, é o fato de que, dentre as diversas competências do *Reichsgericht* estava a defesa da Constituição, incluindo, desde conflitos entre o Império e os Estados, de diversa natureza, a proteção dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos (§ 126), cabendo apenas e exclusivamente ao *Reichsgericht* decidir sobre a sua competência e os casos admitidos para o seu julgamento (§ 127).

---

[106] *Paulskirchen Verfassung: "§ 174 - Alle Gerichtsbarkeit geht vom Staate aus".*

[107] *Paulskirchen Verfassung: "§ 125. Die dem Reiche zustehende Gerichtsbarkeit wird durch ein Reichsgericht ausgeübt".*

[108] *Paulskirchen Verfassung: "§ 177. Kein Richter darf, außer durch Urtheil und Recht, von seinem Amt entfernt, oder an Rang und Gehalt beeinträchtigt werden. Suspension darf nicht ohne gerichtlichen Beschluß erfolgen. Kein Richter darf wider seinen Willen, ausser durch gerichtlichen Beschluß in den durch das Gesetz bestimmten Fällen und Formen, zu einer andern Stelle versetzt oder in Ruhestand gesetzt werden".*

A defesa da ordem constitucional é outro ponto a ser realçado, e abrangia diversas formas de manifestação. Nesse sentido, é de ser sublinhado que tanto o Imperador quanto todos os detentores de cargos públicos, civis e militares, deveriam jurar fidelidade à Constituição, assegurando um vínculo pessoal, quase que sagrado, de compromisso, que, ainda mais no contexto do valor atribuído a tal tipo de juramento na cultura alemã, se revestia de grande relevância. No caso do Imperador, a cada formação de um novo governo, deveria prestar seu juramento (que incluía a defesa dos direitos do povo alemão e a fiel execução da Constituição) perante as duas casas reunidas do Parlamento Imperial (*Reichstag*), apenas então estando legitimado a praticar atos de governo (§ 190). Os servidores públicos deveriam prestar seu juramento de fidelidade à Constituição quando de sua posse (§ 191). Além disso, o juramento prestado à Constituição Imperial era estendido, em cada estado, à respectiva constituição estadual (§ 193).

Em outro plano, a CISP introduziu no cenário alemão, um controle jurisdicional de constitucionalidade, que somente seria de fato implementado (depois da sua exclusão nas constituições do Império de 1871 e de Weimar de 1919) sob a égide da Lei Fundamental de 1949. Com efeito, de acordo com o disposto no § 194, nenhum preceito constitucional ou legal dos Estados poderia estar em contradição com a Constituição Imperial, destacando-se, ademais disso, a particular relevância, nesse contexto, do catálogo de direitos fundamentais, tendo em conta a já referida competência do *Reichsgericht* para decidir sobre casos envolvendo a sua violação.

Já no que diz com a alteração do texto constitucional, essas apenas poderiam ser levadas a efeito mediante uma resolução das duas Casas do Legislativo e com a aprovação do Chefe do Executivo (§ 196), com a presença de pelo menos 2/3 dos integrantes de cada Casa, votação em dois turnos com espaçamento de pelo menos oito dias e maioria qualificada de pelo menos 2/3 dos presentes em cada turno de votação. Tratava-se, portanto, de uma constituição particularmente rígida em relação à maioria dos textos constitucionais do período e mesmo Século XX adentro.

Ao fim e ao cabo, a CISP admitia (§ 197), nos casos de guerra ou revolta interna, a suspensão temporária e espacialmente limitada de alguns direitos

fundamentais, designadamente aqueles relacionados à prisão, busca domiciliar e direito de reunião, mediante, contudo, a observância de alguns pressupostos: a decisão sobre a decretação do estado de exceção deveria partir do conjunto do Ministério Imperial ou dos Estados, devendo ser imediatamente buscado o referendo do Legislativo. No caso deste não estar reunido, o estado de exceção não poderia durar mais do que 14 dias.

Mas, por mais relevantes que sejam os aspectos colacionados (em especial no concernente à defesa da ordem constitucional), a parte mais significativa, inclusive pela sua influência sobre a Constituição de Weimar e a Lei Fundamental, mas também para o constitucionalismo em geral, era, sem dúvida, o catálogo de direitos fundamentais, objeto do próximo segmento.

1.3.2 O catálogo de direitos fundamentais: conteúdo e significado

A exemplo da tradição inaugurada pelos constitucionalismos inglês, norte-americano e francês, já segundada por diversas constituições do mundo ocidental na primeira metade do Século XIX (incluindo a Brasileira, de 1824, mas também constituições de diversos Estados da Confederação Alemã), os direitos fundamentais, sua consagração e proteção, estavam no centro das atenções da Assembleia Constituinte reunida em Frankfurt em 1848/49, que, antes mesmo da versão final da CISP, já havia, como noticiado acima, elaborado e aprovado.

Nessa perspectiva, a concepção alargada de direitos fundamentais coloca em evidência, o fato de que o Estado Constitucional projetado pela Assembleia Nacional se tratava de um Estado material de Direito, portanto, de um Estado pautado por um ideal de justiça e que tinha, por fundamento, os direitos fundamentais[109].

Além disso, diferentemente da doutrina iluminista na qual se inspirou o movimento revolucionário francês e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, os direitos fundamentais da CISP não podem ser reconduzidos, quanto à sua concepção, a uma doutrina de direito natural, mas sim, a exemplo do

[109] Cf. WAHL, Rainer, *Verfassungsstaat*, op. cit., p. 310-11.

que se deu com a Constituição da Bélgica, de 1831, como conquistas históricas reconhecidas e protegidas na esfera do direito constitucional positivo[110].

Soma-se a isso, a circunstância, já referida, de que diversamente da maioria das constituições da época (à exceção dos Estados Unidos da América), os direitos fundamentais assumiam uma posição de primazia em relação ao legislador, tudo isso assegurado pela instituição de um controle jurisdicional de constitucionalidade e uma competência especial para a proteção de tais direitos, mediante uma reclamação constitucional, pelo Tribunal do Império (*Reichsgericht*).

Embora a existência de algumas importantes semelhanças com o catálogo de direitos da Constituição Republicana Francesa de 1848 – em especial no que diz com a sua inspiração ideológico-liberal e o contexto temporal e histórico - o texto alemão de 1849 mostrou-se muito generoso nesta matéria, seja em termos quantitativos (ao passo que a Constituição Francesa tinha 17 artigos dispondo sobre a matéria, a CISP ostentava 59), seja, em diversos pontos, em termos qualitativos.

Muito embora o catálogo de direitos – ainda que aprovado em separado e antes da própria constituição mediante Lei, formalmente revogada em 1851 - não tenha tido, como não o teve a CISP (que incorporou integralmente o catálogo) em seu conjunto, efetiva vigência e implementação depois de sua aprovação e, a sua relevância histórica e prática são inquestionáveis, repercutindo especialmente – como já sinalizado - na concepção de direitos fundamentais adotada pela Carta Constitucional de Weimar (1919) e pela Lei Fundamental (1949).

No que diz respeito ao alcance territorial do catálogo de direitos, a CISP anunciou-se solenemente que ao povo alemão eram assegurados os direitos fundamentais nela enumerados, servindo como modelo para os vários estados da federação, cujas constituições e legislações não poderiam aboli-los ou limitá-los (§ 130)[111]. A despeito da possibilidade de as constituições estaduais contemplarem

---

[110] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 109.

[111] *Paulskirchen Verfassung: "§ 130. Dem deutschen Volke sollen die nachstehenden Grundrechte gewährleistet seyn. Sie sollen den Verfassungen der deutschen Einzelstaaten zur Norm dienen, und keine Verfassung oder Gesetzgebung eines deutschen Einzelstaates soll dieselben je aufheben oder beschränken können".*

direitos fundamentais, deveria ser rigorosamente respeitada a simetria para com o texto da CISP, o que exigiria um significativo trabalho de adaptação, porquanto, à época, meados do século XIX, existiam treze legislações constitucionais estaduais no território alemão[112].

Enfrentou-se questão difícil, relativa à definição do titular da cidadania alemã (por conseguinte, a determinação da titularidade dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional), dispondo-se que o povo alemão consistiria no conjunto dos cidadãos dos estados que compunham o Império Alemão. A todos os alemães a Constituição garantiria o direito à cidadania do Império, prerrogativa que poderia ser exercida em todos os estados alemães[113]. A todo alemão também se abonaria o direito de viver e de residir em qualquer parte do território do Império, bem como o direito de adquirir e dispor sobre todos os tipos de propriedade, de buscar a sobrevivência e de exercer o direito à cidadania em sua comunidade[114]. Além disso, vedava-se expressamente que os estados alemães permitissem ou fizessem distinção entre seus cidadãos e cidadãos alemães de outros estados, em processos civis e criminais nos quais aqueles últimos seriam ordinariamente considerados estrangeiros[115]. Por sua vez, a assim chamada morte cívica (*Bürgerliche Tod*) foi banida e, onde prevista e imposta, deveria ter sua execução suspensa[116].

Outro ponto de destaque e que representava um avanço civilizatório, no sentido da construção de um direito mais humanitário[117], foi a proscrição da pena de morte para o caso de delitos cometidos por civis, podendo ser aplicadas nos

---

[112] Entre eles: Áustria, Prússia, Cidades Livres (como Hamburgo), Saxônia e Turíngia, Mecklenburg, Brunswick, Hanover, Hesse-Darmstadt e Nassau, Baden, Bavária e Württemberg. Conferir, STOLLEIS, Michael, op. cit., pp. 161-206.

[113] *Paulskirchen Verfassung: "§ 132. Jeder Deutsche hat das deutsche Reichsbürgerrecht. Die ihm kraft dessen zustehenden Rechte kann er in jedem deutschen Lande ausüben".*

[114] *Paulskirchen Verfassung: "§ 133. Jeder Deutsche hat das Recht, an jedem Orte des Reichsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen, Liegenschaften jeder Art zu erwerben und darüber zu verfügen, jeden Nahrungszweig zu betreiben, das Gemeindebürgerrecht zu gewinnen".*

[115] *Paulskirchen Verfassung: "§ 134. Kein deutscher Staat darf zwischen seinen Angehörigen und andern Deutschen einen Unterschied im bürgerlichen, peinlichen und Prozeß-Rechte machen, welcher die letzteren als Ausländer zurücksetzt".*

[116] *Paulskirchen Verfassung: "§ 135. Die Strafe des bürgerlichen Todes soll nicht stattfinden, und da, wo sie bereits ausgesprochen ist, in ihren Wirkungen aufhören, soweit nicht hierdurch erworbene Privatrechte verletzt werden".*

[117] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 17.

casos admitidos pela lei marcial ou de delitos praticados em embarcações, nesse caso nas hipóteses de motim; aboliram-se também as penas de chibata, de queima com ferro e demais punições que incidissem sobre o corpo do condenado[118]. Com isso também se buscou valorizar a função de ressocialização e de melhoria, no sentido do aperfeiçoamento pessoal, do direito penal, por se considerar superada a sua função de prevenção[119].

As direitos e garantias pessoais foram amplamente consagrados. É o caso, por exemplo, da inviolabilidade do domicílio[120]. Note-se que uma busca domiciliar apenas poderia ocorrer nas seguintes situações: a) por força de mandado judicial devidamente fundamentado a ser comunicado imediatamente ou no prazo de vinte e quatro horas aos envolvidos; b) no caso de perseguição por força de flagrante delito, levada a efeito pela autoridade legalmente legitimada; c) nos casos e formas em que a lei assegura tal possibilidade mesmo sem autorização judicial prévia. Além disso, a busca domiciliar deveria, sempre que possível, ser realizada na presença dos residentes, não podendo, outrossim, obstaculizar a prisão de pessoa perseguida por força de decisão judicial[121].

Ainda nesse contexto, calha agregar que a apreensão e confisco de cartas e outros escritos e documentos poderia ocorrer, salvo nos casos de prisão ou busca domiciliar, apenas por força de decisão judicial fundamentada, comunicada imediatamente ou no prazo de 24 horas[122]. Além disso, foi assegurado o sigilo da correspondência e as limitações eventualmente necessárias para uma

---

[118] *Paulskirchen Verfassung: "§ 139. Die Todesstrafe, ausgenommen wo das Kriegsrecht sie vorschreibt, oder das Seerecht im Fall von Meutereien sie zuläßt, so wie die Strafen des Prangers, der Brandmarkung und der körperlichen Züchtigung, sind abgeschafft".*

[119] Cf. SCHOLLAR, Heinrich, op. cit., p. 25.

[120] *Paulskirchen Verfassung: "§ 140. Die Wohnung ist unverletzlich".*

[121] *Paulskirchen Verfassung: "§ 140. Die Wohnung ist unverletzlich. Eine Haussuchung ist nur zulässig: 1. an Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls, welcher sofort oder innerhalb der nächsten vier und zwanzig Stunden dem Betheiligten zugestellt werden soll, 2. im Falle der Verfolgung auf frischer That, durch den gesetzlich berechtigten Beamten, 3. in den Fällen und Formen, in welchen das Gesetz ausnahmsweise bestimmten Beamten auch ohnerichterlichen Befehl dieselbe gestattet. Die Haussuchung muß, wenn thunlich, mit Zuziehung von Hausgenossen erfolgen. Die Unverletzlichkeit der Wohnung ist kein Hindemniß der Verhaftung eines gerichtlich Verfolgten".*

[122] *Paulskirchen Verfassung: "§ 141. Die Beschlagnahme von Briefen und Papieren darf, außer bei einer Verhaftung oder Haussuchung, nur in Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls vorgenommen werden, welcher sofort oder innerhalb der nächsten vier und zwanzig Stunden dem Betheiligten zugestellt werden sol".*

investigação criminal e nos casos de guerra deveriam ser previstas em lei[123]. Especificamente no que toca à inviolabilidade e sigilo da correspondência, é de se salientar que, a despeito de não expressamente prevista, tratava-se – de acordo com manifestações de membros da Comissão Constitucional – de direito fundamental dotado de eficácia em relação a terceiros[124] (*Drittwirkung* de acordo com a terminologia mais difundida na Alemanha), a assim conhecida eficácia horizontal ou – termo mais apropriado – vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, sendo autorizada tão somente a intervenção, no seu âmbito de proteção, por determinação judicial.

A configuração do catálogo de direitos da CISP revela, como já é possível inferir com base no exposto, a adoção de uma concepção liberal, de cunho idealista. Em sintonia com tais premissas, também - e em especial - os direitos de liberdade foram amplamente reconhecidos e protegidos, enfatizando-se, em termos gerais e estruturantes, a inviolabilidade da liberdade pessoal[125].

No tocante aos direitos especiais de liberdade e respectivas garantias, como é o caso da ação de *habeas corpus*, assumem relevo as garantias em relação à prisão. Nesse sentido, a prisão de uma pessoa, salvo no caso de flagrante delito, apenas poderia ocorrer por força de um mandado judicial fundamentado que deveria ser fornecido ao preso no momento da prisão ou no prazo máximo de vinte e quatro horas. Além disso, o preso deveria ser colocado em liberdade pela autoridade policial no decorrer do dia seguinte à prisão ou então ser apresentado e colocado à disposição da autoridade judiciaria[126].

Note-se que o acusado preso deveria ser posto em liberdade, mediante fiança ou outra garantia estabelecida pelo Juiz, salvo no caso da existência de indícios da prática de um delito de particular gravidade[127]. Por derradeiro, não há

---

[123] *Paulskirchen Verfassung: "§ 142. Das Briefgeheimniß ist gewährleistet. Die bei strafgerichtlichen Untersuchungen und in Kriegsfällen nothwendigen Beschränkungen sind durch die Gesetzgebung festzustellen".*
[124] Cf. SCHOLLER, Heinrich, op. cit., p. 31.
[125] *Paulskirchen Verfassung: "§ 138. Die Freiheit der Person ist unverletzlich".*
[126] *Paulskirchen Verfassung: "§ 140. Die Polizeibehörde muß jeden, den sie in Verwahrung genommen hat, im Laufe des folgenden Tages entweder freilassen oder der richterlichen Behörde übergeben".*
[127] *Paulskirchen Verfassung: "§ 140. Jeder Angeschuldigte soll gegen Stellung einer vom Gericht zu bestimmenden Caution oder Bürgschaft der Haft entlassen werden, sofern nicht dringende Anzeigen eines schweren peinlichen Verbrechens gegen denselben vorliegen".*

como deixar de referir o direito de cada pessoa ser indenizada pelo culpado ou mesmo pelo Estado, nos casos de uma prisão determinada ou prolongada de modo ilícito.[128] Uma alteração de tais regras indispensáveis para o ambiente Militar e Marítimo deveriam ser promovidas por legislação especial[129].

No âmbito das demais liberdades fundamentais consagradas no catálogo de direitos da CISP, chama a atenção a previsão de um direito à livre emigração, vedada a imposição de taxas para tal efeito[130]. Tal direito assumiu particular relevância, considerando o contexto social e econômico da época, marcada por um expressivo volume de pessoas – apenas nos anos 1846 e 1847 193.000 - que emigraram da Alemanha, inclusive para o Brasil. As discussões travadas em torno do direito à emigração revelam a importância da questão social no âmbito da Assembleia Nacional, chegando-se a sugerir um dever do Estado em prover a assistência aos emigrantes para que passassem necessidades nos portos, durante a viagem e no destino[131].

Também as liberdades comunicativas foram amplamente reconhecidas, ainda que – a exemplo dos direitos fundamentais em geral - não se lhes tenha atribuído caráter absoluto. Com efeito, a CSIP dispunha que todo alemão era livre para expressar suas opiniões por meio de discursos, escritos, publicações e ilustrações; vedou-se - em quaisquer circunstâncias - a suspensão da liberdade de imprensa por intermédio de medidas preventivas, designadamente, a censura, ordens de segurança, limitações para publicação ou venda de livros, entre outras restrições. Com relação a ofensas praticadas no âmbito da liberdade de imprensa, essas seriam julgadas por tribunais compostos por jurados; por fim, remeteu-se ao governo central a competência para promulgar uma lei de imprensa[132].

---

[128] *Paulskirchen Verfassung: "§8º. Im Falle einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft ist der Schuldige und nöthigenfalls der Staat dem Verletzten zur Genugthuung und Entschädigung verpflichtet".*

[129] *Paulskirchen Verfassung: "§8º. Die für das Heer- und Seewesen erforderlichen Modifikationen dieser Bestimmungen werden besonderen Gesetzen vorbehalten".*

[130] *Paulskirchen Verfassung: "§136. Die Auswanderungsfreiheit ist von Staatswegen nicht beschränkt; Abzugsgelder dürfen nicht erhoben werden".*

[131] Cf. SCHOLLER, Heinrich, op. cit., p. 28.

[132] *Paulskirchen Verfassung: "§ 143. Jeder Deutsche hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck und bildliche Darstellung seine Meinung frei zu äußern. Die Preßfreiheit darf unter keinen Umständen und in keiner Weise durch vorbeugende Maaßregeln, namentlich Censur, Concessionen, Sicherheitsbestellungen, Staatsauflagen. Beschränkungen der Druckereien oder des Buchhandels,*

Outro importante direito especial de liberdade, essencial para o funcionamento e garantia de um Estado Democrático, é o direito de livre reunião (e manifestação), de cunho e finalidade pacíficos e sem armas, para a qual não seria necessária prévia permissão[133], de tal sorte que a reunião de pessoas em locais públicos apenas poderia ser proibida na hipótese de perigo real e urgente, sendo indispensável à garantia da ordem e da segurança públicas[134]. Nesse mesmo contexto, garantiu-se a todo alemão o direito de associação, que não poderia ser restrito por regulamentação preventiva[135]. Note-se que de acordo com o § 163, as prescrições contidas nos §§ 161 e 162, eram aplicáveis ao Exército e Marinha, à medida em que compatíveis com as regras disciplinares militares[136].

De particular relevância, no contexto das liberdades fundamentais, foi a configuração e a abrangência das liberdades de consciência e de religião, de tal sorte que a CISP, também aqui seguiu um caminho distinto do modelo francês, fortemente influenciado pelo laicismo do período revolucionário. Assegurou-se, em primeiro lugar, que cada alemão teria plena liberdade de religião e de consciência, e que ninguém poderia ser compelido a revelar suas crenças religiosas[137]. Reconheceu-se um direito ilimitado de exercício público ou privado da religião, mas eventuais crimes ou contravenções, praticados no exercício da liberdade religiosa, seriam punidos em conformidade com a lei[138]. A plena fruição das liberdades civis não poderia ser condicionada ou limitada com base em

Postverbote oder andere Hemmungen des freien Verkehrs beschränkt, suspendirt oder aufgehoben werden. Über Preßvergehen, welche von Amts wegen verfolgt werden, wird durch Schwurgerichte geurtheilt. Ein Preßgesetz wird vom Reiche erlassen werden".

[133] *Paulskirchen Verfassung: "§ 161. Die Deutschen haben das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln; einer besonderen Erlaubniß dazu bedarf es nicht".*

[134] *Paulskirchen Verfassung: "§ 161.* Segunda parte*: Volksversammlungen unter freiem Himmel können bei dringender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit verboten werden"*

[135] *Paulskirchen Verfassung: "§ 162. Die Deutschen haben das Recht, Vereine zu bilden. Dieses Recht soll durch keine vorbeugende Maaßregel beschränkt werden".*

[136] *Paulskirchen Verfassung: "§ 163. Die in den §§ 161 und 162 enthaltenen Bestimmungen finden auf das Heer und die Kriegsflotte Anwendung, insoweit die militärischen Disciplinarvorschriften nicht entgegenstehen".*

[137] *Paulskirchen Verfassung: "§ 144. Jeder Deutsche hat volle Glaubens- und Gewissensfreiheit. Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren".*

[138] *Paulskirchen Verfassung: "§ 145. Jeder Deutsche ist unbeschränkt in der gemeinsamen häuslichen und öffentlichen Übung seiner Religion. Verbrechen und Vergehen, welche bei Ausübung dieser Freiheit begangen werden, sind nach dem Gesetze zu bestrafen".*

determinada orientação religiosa[139]. Proibia-se, ademais disso, que qualquer pessoa fosse forçada a participar de celebração religiosa[140].

Ademais disso – a teor do disposto no § 147 da CISP -, ainda que submetidas às leis do Estado, às comunidades religiosas se facultaria a regulamentação e a administração dos negócios próprios. Da mesma forma, novos grupos religiosos poderiam ser livremente criados, independentemente de seu reconhecimento oficial pelo poder estatal como condição para o seu funcionamento. Todavia, importa sublinhar, que – em homenagem ao caráter laico (no sentido de uma neutralidade e não de um laicismo) do Estado, a este era vedado estabelecer privilégios e tratamento diferenciado em favor de qualquer grupo religioso. Outrossim, o texto constitucional expressamente interditava a existência de uma religião oficial e/ou Igreja do Estado.[141]

Conquista importante, ainda no contexto da regulação da liberdade religiosa e das relações entre o Estado e a (s) Igreja (s) e o fenômeno religioso, foi o fato de – consoante disposto no § 150 da CISP – a validade do casamento na esfera civil ser tida como dependente apenas da execução do ato de natureza civil, podendo o casamento religioso ocorrer apenas depois do matrimônio civil[142]. De acordo com a segunda parte do referido preceito, a diversidade religiosa (entre os cônjuges, para espancar qualquer dúvida) não poderia constituir obstáculo ao casamento civil[143]. Por derradeiro, calha agregar que de acordo com o teor do § 151, os livros dos registros de casamentos e registros civis em geral deveriam ser

[139] *Paulskirchen Verfassung: "§ 146. Durch das religiöse Bekenntniß wird der Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte weder bedingt noch beschränkt. Den staatsbürgerlichen Pflichten darf dasselbe keinen Abbruch thun".*

[140] *Paulskirchen Verfassung: "§ 148. Niemand soll zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit gezwungen werden".*

[141] *Paulskirchen Verfassung: "§ 147. Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbstständig, bleibt aber den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen. Keine Religionsgesellschaft genießt vor andern Vorrechte durch den Staat; es besteht fernerhin keine Staatskirche. Neue Religionsgesellschaften dürfen sich bilden; einer Anerkennung ihres Bekenntnisses durch den Staat bedarf es nicht".*

[142] *Paulskirchen Verfassung: "§ 150. Die bürgerliche Gültigkeit der Ehe ist nur von der Vollziehung des Civilactes abhängig; die kirchliche Trauung kann nur nach der Vollziehung des Civilactes stattfinden".*

[143] *Paulskirchen Verfassung: "§ 150, segunda parte: "Die Religionsverschiedenheit ist kein bürgerliches Ehehinderniß".*

lavrados e mantidos por autoridades civis[144].

As liberdades de ensino e de pesquisa foram igualmente contempladas[145] e o sistema de ensino público, assim como o estatuto dos professores, recebeu particular atenção e desenvolvimento no que diz com o seu prestígio e respectivo fomento. Nesse contexto, chama a atenção que, de acordo com o § 156, da CISP, os professores das escolas públicas passariam a deter e fruir as prerrogativas da condição de servidores públicos; os professores das escolas primárias, por sua vez, seriam recrutados mediante a realização de exames públicos, regulados em lei e com a participação de autoridades locais[146]; Note-se que, considerando o respectivo regime próprio e privilegiado, a atribuição do *status* de servidores públicos para os professores seria, reconhecidamente, tido como uma elogiável política pública de estímulo e melhoria da própria qualidade do ensino[147].

Outro ponto a ser destacado, aqui também de modo articulado com o caráter laico do Estado, o sistema de ensino e educação foi submetido à supervisão e regulação superior do poder público, ficando subtraído a qualquer controle clerical, ressalvado o ensino religioso[148]. Por sua vez, a possibilidade de fundar e dirigir entidades de ensino e educação, ademais de nelas lecionar, eram asseguradas a todos os alemães, desde que tenha sido demonstrada a sua capacitação perante a respectiva autoridade estatal[149]. Da mesma forma, é de se sublinhar o fato de que o ensino domiciliar não seria submetido a qualquer tipo de limitação[150].

---

[144] *Paulskirchen Verfassung: "§ 151. Die Standesbücher werden von den bürgerlichen Behörden geführt".*

[145] *Paulskirchen Verfassung: "§ 152. Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei".*

[146] *Paulskirchen Verfassung: "§ 156. Die öffentlichen Lehrer haben die Rechte der Staatsdiener. Der Staat stellt unter gesetzlich geordneter Betheiligung der Gemeinden aus der Zahl der Geprüften die Lehrer der Volksschulen na".*

[147] Cf. Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 19.

[148] *Paulskirchen Verfassung: "§ 153. Das Unterrichts- und Erziehungswesen steht unter der Oberaufsicht des Staates, und ist, abgesehen vom Religionsunterricht, der Beaufsichtigung der Geistlichkeit als solcher enthoben".*

[149] *Paulskirchen Verfassung: "§ 154. Unterrichts- und Erziehungsanstalten zu gründen, zu leiten und an solchen Unterricht zu ertheilen, steht jedem Deutschen frei, wenn er seine Befähigung der betreffenden Staatsbehörde nachgewiesen hat".*

[150] *Paulskirchen Verfassung: "§ 154, segunda parte: Der häusliche Unterricht unterliegt keiner Beschränkung".*

Muito embora a CISP não tenha acolhido um capítulo destinado especificamente aos direitos sociais, a questão social e a preocupação com a igualdade substancial não foram alijadas totalmente, o que se pode perceber em diversas passagens do catálogo de direitos fundamentais, inclusive e de modo especialmente enfático no que diz respeito ao sistema público de ensino, ainda que não se tenha feito referência expressa a um direito fundamental à educação como direito a prestações estatais.

Nesse sentido, a CISP, no seu § 155, estabelecia que, para assegurar a formação da juventude alemã, deveria haver previsão suficiente de atendimento na esfera do sistema público de ensino e respectivas escolas, em todos os lugares, sendo vedado aos pais ou seus representantes deixar seus filhos ou crianças submetidas obrigatoriamente aos seus cuidados, sem o ensino previsto para as escolas de nível fundamental (nos primeiros níveis do ensino)[151].

Além disso, na esfera do ensino público fundamental e dos níveis elementares de ensino nas escolas profissionais não poderiam ser cobradas taxas[152]. Outrossim, para as pessoas sem recursos, a gratuidade do ensino era assegurada em todos os níveis em todo o sistema público[153]. Por fim, dada a sua associação à liberdade de ensino e ao sistema de ensino e educação, o § 158 da CISP reconhece a cada um a liberdade de escolha de profissional e o direito de para tal efeito se formar como e onde quiser[154].

No concernente ao princípio e direito de igualdade, bem como direitos especiais de igualdade, a CISP também logrou contemplar avanços significativos, veiculados no seu catálogo de direitos fundamentais, muito embora não tenha sido possível superar por completo a resistência e o ranço conservador de parte das elites.

---

[151] *Paulskirchen Verfassung: "§ 155. Für die Bildung der deutschen Jugend soll durch öffentliche Schulen überall genügend gesorgt werden. Eltern oder deren Stellvertreter dürfen ihre Kinder oder Pflegebefohlenen nicht ohne den Unterricht lassen, welcher für die unteren Volksschulen vorgeschrieben ist".*

[152] *Paulskirchen Verfassung: "§ 157.* *Für den Unterricht in Volksschulen und niederen Gewerbeschulen wird kein Schulgeld bezahlt".*

[153] *Paulskirchen Verfassung: "§ 157, segunda parte: Unbemittelten soll auf allen öffentlichen Unterrichtsanstalten freier Unterricht gewahrt werden".*

[154] *Paulskirchen Verfassung: "§ 158. Es steht einem jeden frei, seinen Beruf zu wählen und sich für denselben auszubilden, wie und wo er will"*

De qualquer sorte, os movimentos políticos e sociais, em especial os de orientação socialista, tiveram muito a comemorar, porquanto, nos termos do § 137 da CISP, foram suprimidas todas as diferenças entre as diversas classes sociais, extinguindo-se tanto os respectivos privilégios, quanto a nobreza como classe[155], em face da lei, além da afirmação categórica de um direito geral de igualdade, no sentido de que todos os alemães são considerados iguais perante a lei[156], clássica formulação do princípio da igualdade formal, típico do constitucionalismo liberal. Além disso, foram abolidos todos os títulos desde que não vinculados ao exercício de determinada função, vedada em definitivo a sua reintrodução[157]. Soma-se a isso a garantia da igualdade de acesso aos cargos públicos para todos os qualificados[158].

Mas também com relação aos deveres e obrigações a CISP estabeleceu uma equiparação, como dá conta a proibição de qualquer cidadão aceitar uma honraria atribuída por Estado estrangeiro[159] e o igual dever de prestação do serviço militar, insuscetível de exercício por representação[160].

O avanço no que diz com a agenda liberal também se fez sentir de modo particularmente acentuado – porém com algumas importantes ressalvas – no que diz respeito à consagração e proteção da propriedade privada. Nesse contexto e nessa perspectiva, a CISP solenemente assegurou a inviolabilidade do direito de propriedade [161], igualmente garantindo o direito de transmissão da propriedade em vida e por força de herança, no todo ou em parte[162]. A desapropriação pelo poder público era permitida, todavia, apenas quando necessária ao bem-comum e ao

[155] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137. Vor dem Gesetze gilt kein Unterschied der Stände. Der Adel als Stand ist aufgehoben; § 137, segunda parte: Alle Standesvorrechte sind abgeschafft".*
[156] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137, terceira parte: Die Deutschen sind vor dem Gesetze gleich".*
[157] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137, quarta parte: Alle Titel, insoweit sie nicht mit einem Amte verbunden sind, sind aufgehoben und dürfen nie wieder eingeführt werden".*
[158] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137, quinta parte: Die öffentlichen Ämter sind für alle Befähigten gleich zugänglich".*
[159] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137, sexta parte: Kein Staatsangehöriger darf von einem auswärtigen Staate einen Orden annehmen".*
[160] *Paulskirchen Verfassung: "§ 137, sétima parte: Die Wehrpflicht ist für alle gleich; Stellvertretung bei derselben findet nicht statt".*
[161] *Paulskirchen Verfassung: "§ 164. Das Eigenthum ist unverletzlich".*
[162] *Paulskirchen Verfassung: "§ 165. Jeder Grundeigenthümer kann seinen Grundbesitz unter Lebenden und von Todes wegen ganz oder theilweise veräußern. Den Einzelstaaten bleibt überlassen, die Durchführung des Grundsatzes der Theilbarkeit alles Grundeigenthums durch Übergangsgesetze zu vermitteln".*

Estado, com base na lei e mediante a correspondente compensação[163]. Outrossim, vedou-se a imposição de penas que implicassem o confisco da propriedade[164]. Outra medida avançada para a época diz respeito ao fato de que a CISP assegurava a proteção da propriedade intelectual nos termos da lei[165].

Relacionada à superação das estruturas feudais e das relações entre os estamentos sociais e o estatuto da propriedade, a CISP proscreveu toda e qualquer forma de servidão e submissão[166]. Também nesse contexto foram abolidas, sem correspondente indenização, a jurisdição patrimonial e o respectivo poder de polícia atribuído ao senhor e proprietário de terras, assim como as prerrogativas daí decorrentes, como a da cobrança de contribuições e prestações[167]. Da mesma forma foram extintas as relações familiares de fideicomisso[168] e de vassalagem[169]. A prerrogativa do exercício da caça por parte do proprietário imobiliário seguiu sendo assegurada[170], ficando a sua regulação, com vistas à preservação do bem comum e da segurança pública, atribuída aos estados. De elevada importância e representando outro avanço digno de nota é o fato de que a CISP, objetivando também nesse plano assegurar uma igualdade de todos perante a lei, independentemente de sua origem e extrato social, ademais de embutir elementos de uma justiça fiscal, estabeleceu que a tributação deveria ser ordenada de modo

---

[163] *Paulskirchen Verfassung: "§ 164, segunda parte: Eine Enteignung kann nur aus Rücksichten des gemeinen Besten, nur auf Grund eines Gesetzes und gegen gerechte Entschädigung vorgenommen werden.*

[164] *Paulskirchen Verfassung: § 172. Die Strafe der Vermögenseinziehung soll nicht stattfinden".*

[165] *Paulskirchen Verfassung: "§ 164. Das geistige Eigenthum soll durch die Reichsgesetzgebung geschützt werden".*

[166] *Paulskirchen Verfassung: "§ 166. Jeder Unterthänigkeits- und Hörigkeitsverband hört für immer auf".*

[167] *Paulskirchen Verfassung: "§ 167. Ohne Entschädigung sind aufgehoben: 1. Die Patrimonialgerichtsbarkeit und die grundherrliche Polizei, sammt den aus diesen Rechten fließenden Befugnissen, Exemtionen und Abgaben.*
2. Die aus dem guts- und schutzherrlichen Verbande fließenden persönlichen Abgaben und Leistungen".

[168] *Paulskirchen Verfassung: "§ 170. Die Familienfideicommisse sind aufzuheben. Die Art und Bedingungen der Aufhebung bestimmt die Gesetzgebung der einzelnen Staaten. Über die Familienfideicommisse der regierenden fürstlichen Häuser bleiben die Bestimmungen den Landesgesetzgebungen vorbehalten".*

[169] *Paulskirchen Verfassung: "§ 171. Aller Lehensverband ist aufzuheben. Das Nähere über die Art und Weise der Ausführung haben die Gesetzgebungen der Einzelstaaten anzuordnen.*

[170] *Paulskirchen Verfassung: "§ 169. Im Grundeigenthum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eignem Grund und Boden".*

a abolir todo e qualquer privilégio em favor de determinados estamentos e bens[171].

No âmbito do que se poderia considerar direitos de cidadania, de participação, foi previsto que todos os alemães teriam um direito de petição e de reclamação, na forma escrita, em relação a todos entidades e autoridades públicas[172], a representação popular, direito que assumia a condição de individual, mas também poderia ser exercido de modo coletivo, por associações ou grupos de pessoas[173]. Todavia, em se tratando do Exército e da Marinha, o direito de petição poderia ser exercido apenas na forma das regras disciplinares[174]. Além disso, no que diz com a possibilidade de responsabilização pela via judicial dos servidores e agentes públicos, o § 160 da CIP, dispunha ser desnecessária prévia autorização estatal[175].

Finalizando a breve apresentação do conteúdo do catálogo constitucional de direitos, não se poderia deixar de consignar o fato de terem sido prescritos direitos fundamentais de previsão cogente ao nível das constituições municipais (de cada comunidade), tais como a eleição de seus representantes e quadros dirigentes e o direito à autoadministração no que diz respeito aos assuntos de interesse local, incluindo a previsão de uma polícia local (mediante a supervisão legalmente regulada do Estado), a publicação do orçamento e, em regra, o caráter público das deliberações[176].

Ainda que se tenha tratado de uma apertada síntese, que assumiu, em regra e de modo proposital, caráter prevalentemente descritivo, para que o leitor possa

---

[171] *Paulskirchen Verfassung: "§ 173. Die Besteuerung soll so geordnet werden, daß die Bevorzugung einzelner Stände und Güter in Staat und Gemeinde aufhört".*

[172] *Paulskirchen Verfassung: "§ 159. Jeder Deutsche hat das Recht, sich mit Bitten und Beschwerden schriftlich an die Behörden, an die Volksvertretungen und an den Reichstag zu wenden".*

[173] *Paulskirchen Verfassung: "§ 159, segunda parte: Dieses Recht kann sowohl von Einzelnen als von Corporationen und von Mehreren im Vereine ausgeübt warden".*

[174] *Paulskirchen Verfassung: "§ 159, terceira parte: beim Heer und der Kriegsflotte jedoch nur in der Weise, wie es die Disciplinarvorschriften bestimmen"*

[175] *Paulskirchen Verfassung: "§ 160. Eine vorgängige Genehmigung der Behörden ist nicht nothwendig, um öffentliche Beamte wegen ihrer amtlichen Handlungen gerichtlich zu verfolgen".*

[176] *Paulskirchen Verfassung: "§ 184. Jede Gemeinde hat als Grundrechte ihrer Verfassung: a) die Wahl ihrer Vorsteher und Vertreter;*
b) die selbstständige Verwaltung ihrer Gemeindeangelegenheiten mit Einschluß der Ortspolizei, unter gesetzlich geordneter Oberaufsicht des Staates; c) die Veröffentlichung ihres Gemeindehaushaltes;
d) Öffentlichkeit der Verhandlungen als Regel".

ter uma visão panorâmica mais precisa do conteúdo do catálogo de direitos fundamentais da CISP, não é difícil perceber, como, aliás, já antecipado, o seu caráter em boa parte inovador e mesmo pioneiro, antecipando até mesmo, quanto a alguns aspectos, até mesmo em mais de cem anos, alguns desenvolvimentos do que diz com o sentido e alcance dos direitos fundamentais em geral e de alguns direitos em espécie. Mas isso será objeto de uma avaliação mais detida no último capítulo, porquanto, no próximo segmento, se impõe sejam enfrentadas as razões principais que não permitiram que os ideais revolucionários e o labor da Comissão Constitucional Permanente e da Assembleia Nacional tenham, ao fim e ao cabo, prevalecido, assim como acabou não tendo de fato entrado em vigor a paradigmática CISP, e, com isso, o projeto de uma Alemanha unificada, sob a égide na forma de uma Monarquia Constitucional liberal e de um Estado Federal de Direito.

1.4 A dissolução da Assembleia Nacional e o fracasso da Constituição de 1849 em promover a unificação da Alemanha e a instauração de uma Monarquia Constitucional Liberal

Como em parte já anunciado, nada obstante a tentativa de unificação da Alemanha como um dos – senão o - elemento central do ideário revolucionário de 1848, os príncipes e monarcas alemães em geral não aceitaram o arranjo político-institucional criado e formatado pela Assembleia Nacional reunida na Igreja de São Paulo e veiculado em especial pela Constituição aprovada em abril de 1849.

Em se adotando uma leitura mais realista, já era de certo modo previsível, que a Prússia e a Áustria, à época os mais importantes e poderosos Estados alemães, rejeitariam a CISP, de tal sorte que, transcorrido apenas um ano, a Alemanha – melhor dito, os diversos Estados alemães – voltaram a assumir a forma confederada, situação que persistiu até 1871. Além disso, o que acabou por prevalecer – e já vinha sendo objeto de significativa disputa mesmo antes da formação do Parlamento e da Assembleia Nacional - foi a solução designada de *Pequena Alemanha,* que excluía a Áustria da Confederação.

Mas o processo de fragilização do Parlamento de São Paulo e da Assembleia Nacional Constituinte já se faria presente e significativo antes mesmo da aprovação da Carta Constitucional, e isso por uma série de razões. O fracasso e correspondente frustração das expectativas dos revolucionários de 1848, em especial dos que se comprometeram seriamente com o processo constituinte e o projeto de uma Alemanha unificada, não se deu, portanto, de uma hora para outra, como, aliás, em geral é o que se passa com fenômenos dessa natureza.

O principal ponto de partida do processo de desestabilização se deu com a formação de um poder e governo central provisório ("*provisorische Zentralgewalt*"), mediante uma Lei Imperial aprovada pela Assembleia Nacional de Frankfurt em 28.06.1848, em face da necessidade de estabelecimento de um Poder Executivo centralizado e independente dos governos e administração decentralizados por força da forma confederativa que reunia os diversos Estados alemães, na condição de Estados independentes e soberanos[177].

Mediante a criação de tal poder estatal centralizado – que, podemos agregar, já preparava o terreno para a unificação alemã projetada – o que se pretendia, entre outros aspectos, era dar fim às agitações populares de caráter radicalizado, que ainda mantinham acesa a fase revolucionária, ademais de, mediante a criação de uma espécie de uma força armada popular (Volksbewaffnung), promover a dissolução dos exércitos e fazer frente aos particularismos e resistências dos diversos Estados alemães individualmente considerados, isso sem considerar a agudização dos conflitos de caráter nacionalista na periferia da confederação alemã, como era o caso do estado plurinacional comandado pela dinastia dos Habsburgos e de regiões da Prússia[178].

Outro fator de relevo, que contribuiu para o processo de instabilidade e fragilização, foi a também já referida formação de um governo central provisório, especialmente no que diz com o processo de formação e a sua particular configuração, na forma de uma "quase-monarquia com base democrático-parlamentar", tendo sido proposto – e aprovado – o nome do Arquiduque *Johann von Habsburg*, "não pelo fato de, mas apesar de se tratar de um príncipe", como se

---

[177] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 104.
[178] Ibidem, p. 104.

afirmou na ocasião; mediante tal expediente, foi mantida a integridade e sobrevivência da Assembleia Nacional, que aprovou o novo chefe de governo provisório imperial em 12.07.1848[179].

Mas, em face das resistências já apontadas, o que se pode verificar é que do ponto de vista do exercício efetivo de poder político, o governo central provisório carecia de sustentação institucional (administrativa e organizacional), tanto é que – e se trata aqui apenas de um exemplo significativo – quando todas as tropas dos Estados alemães foram instadas a aclamar e reconhecer o novo governo do Império, apenas os Estados pequenos atenderam ao chamado sem reservas, ao passo que os Estados medianos e a Áustria de fato (de modo não oficial) o desconsideraram e a Prússia se recusou claramente e de modo integral[180].

Soma-se a isso, a quase que absoluta ausência de reconhecimento externo do governo central provisório (apenas os EUA o fizeram nos termos das exigências do Direito Internacional), tornando visível a sua impotência para efeitos da política internacional, que não demorou a se manifestar com a crise de setembro de 1848, quando a Assembleia Nacional não logrou impedir a retirada das tropas prussianas e com isso o fim da guerra com a Dinamarca, sendo ao fim e ao cabo, forçada a chancelar, contrariada, a paz.

Tal medida, tida por muitos segmentos da população com grande desapontamento e mesmo uma traição das esperanças da Nação, acirrou os ânimos contra a Assembleia Nacional e o governo central, resultando inclusive em manifestações de caráter violento e um levante em Frankfurt, que provou vítimas fatais, incluindo dois integrantes do Parlamento e apenas logrou ser contido por meio da decretação do estado de sítio e mediante intervenção armada[181].

Por isso, significativa a assertiva de que à *Primavera dos Povos,* sucedeu-se o *Verão da Reação*[182]*.* O assim chamado setembro sangrento representou um violento golpe contra os projetos da Assembleia Nacional e sua legitimidade em

[179] Ibidem, p. 105.
[180] Ibidem, p.105.
[181] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 72.
[182] Cf. HERMET, Guy, op. cit., p. 148.

face da população, apenas gerando o crescimento da radicalização, em especial no âmbito da classe trabalhadora, que cada vez mais contestava o caráter prevalentemente liberal e conservador da Assembleia e do governo central; isso, por sua vez, levou à aprovação de uma lei para a proteção da Assembleia Nacional e dos integrantes do governo, que, dentre outras medidas, limitou as liberdades de imprensa e de reunião, provando de modo irreversível a cisão e levando ao confronto entre as forças revolucionárias[183]. A reação mais importante e poderosa não se fez esperar e teve como protagonistas a Áustria e a Prússia.

Na Áustria, que também vivenciou um levante revolucionário patrocinado pela extrema esquerda, que foi sufocado brutalmente (inclusive o emissário da Assembleia Nacional, a despeito de sua imunidade diplomática, preso e executado), uma nova Constituição foi outorgada pelo Imperador austríaco (04.03.1849)[184].

A Prússia, que sempre ofereceu a maior e explícita resistência, assumiu a condição do que se poderia designar de fator derradeiro para a derrocada da Assembleia Nacional e o fracasso do projeto constituinte, acompanhando, de modo mais radical, o processo contrarrevolucionário. Sem que se possa entrar em detalhes, mas destacando os fatores mais relevantes, foi decisivo o fato de que, mesmo tendo sido eleito Imperador dos Alemães pelo Parlamento de Frankfurt, em 28 de março de 1849, Frederico Guilherme IV, dias depois (3.4), recusou enfaticamente e mesmo de modo ostensivamente irônico e pejorativo, o título, argumentando que a sua aceitação e, com isso, a adesão à CISP, representaria uma "*coleira de cachorro*", com a qual pretendiam acorrenta-lo à Revolução de 1848.

A partir disso a gradual, mas ainda sim relativamente rápida dissolução da Assembleia Nacional, bem como o fracasso da CISP, passou a ser irreversível. Mesmo tendo sido reconhecida por 28 dos Estados da Confederação Alemã, mediante uma nota coletiva de 14.4.1849, que também chancelou a eleição de Frederico Guilherme IV, os Estados mais fortes, designadamente os Reinos da Prússia, da Baviera, de Hannover, da Saxônia, de Württenberg e da Áustria, se

[183] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 106.
[184] Ibidem, p. 106-107.

recusaram a fazê-lo. Seguiram-se diversas revoltas e perturbações da ordem nos territórios alemães, bem como tentativas da Assembleia Nacional em manter a sua posição e preservar a revolução e a recém aprovada Constituição, mas temendo uma guerra civil a maioria dos parlamentares renunciaram aos seus mandatos e diversos Estados alemães – em especial os acima nominados – chamaram de volta as suas respectivas delegações, assim como um número significativo de servidores e autoridades do governo central abriram mão de seus cargos.

O que sobrou do Parlamento de Frankfurt, que então contava com apenas 100 dos seus integrantes, mudou-se para a cidade de Stuttgart, em 30.5.1849, mas logo – 18.6. - foi dissolvido por tropas do exército de Württenberg, atendendo às pressões exercidas pela Prússia; O golpe de misericórdia foi dado em 20.12.1849, quando da renúncia do chefe do governo central[185], que, ao fim e ao cabo, nunca deixou de ser um governo provisório.

Mas o ocaso da ordem constitucional de Frankfurt não implicou, por completo, o enterro dos ideais que radicavam na sua origem e que, em boa parte, acabaram sendo insculpidos no texto da CISP. O sonho de uma Alemanha unificada, contudo, nunca deixou de se fazer presente.

Com efeito, já em 26 de maio de 1849, por iniciativa da Prússia, da Saxônia e de Hannover, formou-se a liga dos três reis ("*Dreikönigsbündnis*"), aberto ao ingresso de todos os Estados alemães, e que resultou na aprovação de uma Constituição provisória da União, que no final do ano chegou a ter 26 membros; todavia, também esse projeto acabou não tendo êxito, de tal sorte que em maio de 1851 a Assembleia Geral da Confederação Alemã foi restaurada em Frankfurt e em agosto do mesmo ano anulado o Catálogo de Direitos Fundamentais que havia sido aprovado de modo autônomo por uma Lei da Assembleia Nacional em dezembro de 1848[186].

Ainda assim, embora com um atraso de mais de 20 anos, por iniciativa da Prússia, na sequência da vitória em Sedan sobre a França, a unificação alemã acabou finalmente por se tornar realidade em 18.1.1871, proclamada no Palácio de Versalhes, processo que culminou com a promulgação de uma Constituição

---

185 Ibidem, p. 118-119.
186 Ibidem, p. 119.

Imperial para toda a Alemanha, em 16.04 do mesmo ano, objeto do próximo capítulo da presente obra.

1.5 O legado da Constituição da Igreja de São Paulo, em especial para a evolução constitucional futura alemã

Embora se cuide de uma assertiva um tanto exagerada e inclusive, em sendo compreendida de modo categórico, é possível acompanhar Horst Dipperl quando afirma que, com a vantagem de um olhar retrospectivo, é possível perceber hoje que o triunfo da soberania da nação significaria a rejeição consciente da ideia de soberania popular[187].

De qualquer sorte, a despeito dos significativos avanços cristalizados na Carta Constitucional de 1849 e no seu Catálogo de Direitos Fundamentais, frustrações – já manifestadas ao longo da atuação da Assembleia Nacional e que inclusive tiveram forte influência quanto às resistências que se evidenciaram já na ocasião –, desde o seu nascedouro, um forte dilema e ambivalência se fez sentir no que concerne ao papel da emergente classe burguesa em todo o processo.

A burguesia, classe econômica de crescente relevância, econômica e política, ao mesmo tempo em que se voltava contra as antigas e ainda remanescentes estruturas feudais e os privilégios nobiliárquicos (como também se deu na Revolução Francesa), também via com preocupação e buscava conter os reclamos dos trabalhadores, insuflados pelo ideário socialista, que já "assombrava" a Europa (recorde-se que o Manifesto do Partido Comunista de Marx e Engels foi lançado em 1848, no ano da revolução alemã). Com isso, pelo fato de se ver obrigada a uma solução de compromisso, no sentido de conciliar os diversos interesses, a ala burguesa, mesmo a de matriz mais liberal, acabou não apenas dando pouco destaque para a questão social (muito embora esta não tenha passado completamente desconsiderada no texto da CISP), mas viu-se

[187] Cf. DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno- Novas Perspectivas,* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007, p. 27.

compelida a uma aproximação com os setores conservadores, inclusive os monarquistas.[188]

Não foi à toa que os radicais se desapontaram, visto que a Constituição, liberal, refletiu em boa parte as pautas conservadoras, desconsiderou importantes reivindicações de caráter social, ademais de não se tratar de um modelo constitucional rigorosamente democrático[189].

Em virtude de tais circunstâncias, ao invés da instituição de uma República (como se deu na França, em 1848), a Assembleia de São Paulo acabou por chancelar a forma de governo monárquica, não se podendo deixar de referir o fato de que o texto constitucional inicia com a afirmação de que a Assembleia Nacional Constituinte Alemã deliberou e promulga, a condução de constituição imperial, a Constituição do Império Alemão, de 28 de março de 1849.[190] Nesse mesmo sentido, calha, ainda, em caráter ilustrativo, recordar que a chefia do Estado e do Governo era atribuída ao Imperador, que, embora vinculado à Constituição e em boa medida ao próprio Parlamento, exercia significativo lege de poderes, numa estrutura estatal que, embora federativa, era ainda significativamente centralizada.

Além disso, as discussões no Parlamento de Frankfurt, representaram um dilema para os prussianos, pois antes de 1840 a Prússia acreditava que sucumbiria em face de uma Alemanha unificada. Todavia, ao longo das discussões da Assembleia, entre 1848 e 1849, os prussianos começaram a perceber que lucrariam com uma nova ordem unificada, que, ao fim e ao cabo, depois de uma tentativa malograda levada a efeito em 1850-51, só vieram promover e mesmo protagonizar na Década de 1870, a partir da vitória prussiana sobre a França[191].

Ainda nesse contexto, os parlamentares enxergaram que o conceito de unidade nacional só vingaria se vinculado ao conceito de unidade de um Parlamento nacional[192]. Por isso, nos debates do Parlamento, sobrelevou-se a

---

[188] Cf. WAHL, Rainer, op. cit., p. 17.
[189] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., loc. cit.
[190] Paulskirchen Verfassung: "*Die deutsche verfassunggebende Nationalversammlung hat beschlossen, und verkündigt als Reichsverfassung: Verfassung des deutschen Reiches vom 28. März 1849*".
[191] Cf. TAYLOR, A. J. P., op. cit., p. 68.
[192] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 53.

importância da Prússia e da Áustria, no sentido de que "o Parlamento de Frankfurt só poderia continuar a existir se fosse tolerado pela Áustria e pela Prússia"[193], o que, como já demonstrado no segmento anterior, não veio a ocorrer e foi fatal para o fracasso da Revolução, da Assembleia Nacional e da CISP.

Outro ponto importante a ser sublinhado é a constatação de que os levantes alemães de 1848 e a CISP que deles resultou, significaram um divisor de águas entre liberais e conservadores: seus sucessos residem no fato de que tiraram – em boa parte, poderíamos acrescentar -, os créditos dos ideais conservadores; em contrapartida, seus ulteriores fracassos representariam o descrédito dos ideais liberais[194]. Na impressão de um historiador da tradição alemã, jamais uma revolução e uma Constituição foram tão fortemente inspiradas na ilimitada fé no poder das ideias, mas também nunca uma revolução e, de igual modo, uma Constituição, tão fortemente desacreditaram o poder das ideias que as deram vida[195].

Inovadoramente (no contexto alemão bem entendido), discutia-se um documento político liberal, ainda que moderado, que fixava princípios de igualdade diante da lei, bem como direitos civis, tudo também marcado pela extinção de todos os vestígios do sistema feudal[196]. Enriqueceu-se a ciência política, porquanto pela primeira vez utilizou-se o termo *"socialdemocracia"*[197].

Outrossim, ainda que não tenha efetivamente vigorado, a CISP exprimiu, além disso, uma tentativa – ainda que em parte minada e fragilizada ao longo do processo constituinte - de mudança radical em relação à ordem instituída pelo Congresso de Viena, denunciando o anacronismo de uma velha ordem reacionária e tradicionalista. Ao fim e ao cabo, é possível afirmar que o Parlamento de Frankfurt funcionou movido por e sob a influência de um inovador *Zeitgeist*, um novo *espírito do tempo*[198].

---

[193] KITCHEN, Martin, op. cit., p. 118.
[194] Cf. TAYLOR, A. J. P., op. cit., p. 71.
[195] Ibidem, p. 71.
[196] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 119.
[197] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 70.
[198] Cf. HUCKO, Elmar M.. *The Democratic Tradition- Four German Constitutions,* Oxford, New York and Munich: Berg Publishers, 1987, p. 3.

Também paradoxalmente, o texto aprovado foi um sucesso, e um fracasso. Malogrou porque não se sustentou; não foi efetivamente aplicado: a Constituição Alemã de 1849 não entrou em vigência. Porém, quando publicado na Gazeta Oficial, o texto discutido em Frankfurt sintetizou em grande medida o que os grupos liberais pretendiam para o país[199], mesmo que se leve em conta a solução de compromisso de tendência conservadora, já noticiada.

Outrossim, aprendeu-se a dura lição de que o domínio político efetivo varia na razão direta da disponibilidade para o exercício dos poderes econômicos e militar[200]. A assembleia democrática nascida do pânico da revolução foi dispersa, "depois do imperador refratário [Frederico Guilherme IV] restabelecer a ordem em sua capital"[201]. O avanço democrático, de tal sorte, foi uma ilusão, que a realidade aristocrática sufocou.

Sustentou-se também que o fracasso da CISP incentivou o positivismo jurídico em território alemão[202]. Para essa concepção, a frustração constitucional propiciou que se pensasse um direito constitucional distante da política; e em favor da reação às fantasiosas conquistas de 1849, o positivismo se revelou como fórmula metodológica de defesa contra as demandas de direitos humanos e por uma agenda republicana formulada nos termos de princípios abstratos[203].

No ambiente acadêmico alemão da segunda metade do século XIX, a segurança profissional e consequente sucesso eram garantidos para os professores que se preocupassem apenas com áreas epistemológicas tematicamente permitidas, nas quais se explorava tão somente a dogmática do direito então válido e corrente[204]. A doutrina constitucional que decorreu do fracasso prático do Parlamento de 1849 – que havia projetado um Estado material de Direito - limitou a natureza do estado de direito à sua concepção abstrata de inviolabilidade, tomando-se a cautela de não se definir o conteúdo dessa ordem inviolável: construiu-se um conceito formalista, livre de qualquer conteúdo

[199] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 7.
[200] STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 254.
[201] HERMET, Guy, op. cit., loc. cit.
[202] É a tese de Michael Stolleis. Conferir, STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 256.
[203] Ibidem, p. 256.
[204] Ibidem, p. 256.

político[205].

Mas, também é necessário reconhecer que em se abstraindo do fracasso do ponto de vista pragmático, visto que o Parlamento de Frankfurt se dissolveu, não resistindo aos movimentos de reação contrarrevolucionária e às pressões das potências alemãs, em parte também resultado das dificuldades e embates internos ao processo constituinte, o fato é que não é exagerada a afirmação de Nipperdey de que depois daquele ano espetacular (1848) nada mais foi como era: a era feudal estava encerrada, ainda que o processo tenha levado mais duas décadas para se concluir em todos os estados alemães, assim como a crença na necessidade da unificação restou em definitivo gravada na alma dos alemães[206].

Além disso, a influência sobre diversas constituições dos Estados da Confederação Alemã, inclusive – com relação a alguns aspectos relevantes - a Constituição Prussiana e, na sequência, a Constituição Imperial da Alemanha unificada, de 1871, com apoio do próprio Chanceler de Ferro e arquiteto da unificação sob a égide da Prússia, Otto von Bismarck, demonstra que o espírito e o ideário revolucionário, em maior ou menor medida, se perpetuou no decorrer da evolução constitucional alemã subsequente, reacendo com maior pujança na Constituição de Weimar e na Lei Fundamental de 1949[207].

O maior legado da CISP e do labor do Parlamento de Frankfurt, contudo, foi o seu catálogo de direitos fundamentais, significativamente pioneiro, original e avançado, em diversos pontos, para a sua época e mesmo durante muito tempo depois. Em matéria de direitos fundamentais, a CISP, era prenhe de disposições avançadas e ousadas, embora inexequíveis no momento em que foram concebidas. Ainda que vazio de soluções para os grandes problemas da classe trabalhadora, o Parlamento de Frankfurt avançou no que pode: com algum atrevimento, pretendeu fazer da realidade uma utopia possível.

Outrossim, embora não implementado efetivamente, o catálogo de direitos de Frankfurt serviu, contudo, de arquétipo para a democracia alemã na segunda metade do século XX, sem prejuízo da inegável influência que exerceu na época do

[205] Ibidem, p. 257.
[206] Cf. PAULY, Walter, op. cit., p. 120.
[207] Cf. novamente PAULY, Walter, op. cit. p. 121

constitucionalismo de Weimar. Em especial e em apertada síntese, antecipou-se a concepção de direitos fundamentais, incluindo a terminologia, que viria a ser adotada pela Lei Fundamental de 1949, pelo menos em seus traços gerais, com a expressa previsão da vinculação do legislador e dos demais poderes e uma reclamação constitucional para assegurar sua afirmação nos casos de violação perante uma Corte que, embora tivesse o perfil próprio de um Tribunal Constitucional, fora dotada, pelos constituintes de Frankfurt, da competência de exercer a guarda da ordem constitucional, com específica menção aos direitos fundamentais.

A abolição da pena de morte salvo por força da lei marcial, o direito livre de emigração, a garantia reforçada do domicílio e dos sigilos da correspondência, assim como das liberdades de expressão e reunião, mas também os avanços no tocante às relações entre o Estado e a Igreja, o investimento na educação, incluindo a gratuidade do ensino fundamental e do ensino em todos os níveis para os necessitados, foram em parte precursoras, pelo menos em relação a expressivo número de constituições da época. Da mesma forma a extinção e, quando não foi o caso, a limitação de privilégios ainda vinculados a uma ordem social estratificada e afinada com o estatuto feudal. Assim, e limitando-nos aqui a alguns exemplos, é irrefutável que, no concernente à sua vocação no sentido de iluminar os desenvolvimentos futuros, o balanço, ao fim e ao cabo, não pode deixar de ser predominantemente positivo.

Talvez se tivesse entrado em vigor, em virtude das circunstâncias da época, esse fenômeno não tivesse sido viável, ou, pelo menos, tido tanto vigor. Da mesma forma, é sustentável o ponto de vista de que, mesmo para além das fronteiras da Confederação Alemã, a CISP representa um marco no contexto da história do constitucionalismo moderno (assim, como se deu, por exemplo, com a Constituição Espanhola de Cádiz), razão pela qual não se deveria negligenciar o seu estudo.

CAPÍTULO 2

A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL ALEMÃ DE 1871 - *BISMARCKSCHE REICHVERFASSUNG*

2.1 Introdução. 2.2 O contexto histórico. 2.3 O ambiente cultural, jusfilosófico e da doutrina do direito público. 2.4 A elaboração, promulgação e as linhas gerais do texto constitucional de 1871. 2.5 Considerações finais.

2.1 Introdução

Os alemães abandonaram o romantismo da Revolução de 1848 e seguiram o roteiro do realismo de Otto von Bismarck (1815-1898), o assim chamado *Chanceler de Ferro* (*Eiserner Kanzler),* cujo pragmatismo marcou a construção e o desenvolvimento do IIº *Reich*, fundado quando da unificação alemã. (1871-1919). A Constituição Imperial Alemã de 1871 (doravante CIA) foi sua obra política de maior relevância, tendo sido o instrumento mediante o qual Bismarck consolidou o processo de unificação.

Do mesmo modo que Lincoln e a guerra civil dominaram a história norte-americana da segunda metade do século XIX, Bismarck dominou o pensamento e a prática política alemãs até a derrota na I Grande Guerra e o advento da República de Weimar, mas mantendo considerável influência até o ocaso do nacional-socialismo[1]. Com efeito, inquestionável que Bismarck foi a maior expressão política da Alemanha do Século XIX e durante a primeira metade do Século XX, especialmente do ponto de vista do autoritarismo e do conservadorismo, até o advento do nazismo, bem entendido. Com a implantação e consolidação o realismo político-pragmático Bismarckiano, passou a se priorizar um modelo de organização política voltada à consecução de determinados fins, em desfavor da formulação de um sistema de valores[2].

A CIA revela-se, no entanto, importante experiência do ponto de vista dos arranjos institucionais, por duas razões. Instituiu e articulou um modelo federativo substancialmente centralizado, bem como possibilitou a aliança entre militares e burocracia, que serviram simultaneamente aos *junkers* (membros da aristocracia agrária) e aos patrões da então nascente indústria alemã. Bismarck, seu principal articulador, não era propriamente um nacionalista alemão, mas sim e acima de tudo, um estadista prussiano[3]; Nesse contexto, não é de se estranhar que todo o seu modelo político-institucional-organizacional gravitava em torno de uma tradição obsessivamente ordeira, centralizada e hierarquizada, comumente

---

[1] Cf. KENT, George O.. *Bismarck e seu Tempo,* Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982, p. 3. Tradução de Maria Inês Caldas de Moura.
[2] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., loc. cit.
[3] Cf. HAFFNER, Sebastian. *The Rise and Fall of Prussia,* London: Butler and Tanner, 1980, p. 116.

reconduzida e de fato reconduzível a Frederico II, o Grande (1712-1786), o famoso déspota esclarecido amigo de Voltaire (1694-1778), que encarnava o pragmatismo – mas também já o autoritarismo legalista, poderíamos acrescentar - germânico[4], que resultou, já na primeira metade do Século XIX – como adiantado quando da apresentação da Constituição da Igreja de São Paulo, numa teoria e prática de um Estado legal de Direito, sem prejuízo dos elementos materiais que tinham se feito presentes na efêmera Carta de 1849 e no seu catálogo moderno de direitos fundamentais.

Também aqui, seguindo com a nossa apresentação da trajetória constitucional moderna alemã, para o efeito de explicitar as linhas gerais da CIA, iniciaremos por traçar algumas notas sobre o contexto histórico da Alemanha na segunda metade do século XIX, em especial o processo de unificação conduzido por Bismarck. Na sequência daremos alguma atenção ao ambiente cultural, com especial atenção para com o assim chamado *Kulturkampf*, movimento caracterizado pela aberta oposição a Bismarck por parte da Igreja Católica, sem prejuízo de, logo adiante, apresentarmos algumas informações sobre a fecunda juspublicística alemã da época, representada, dentre outros, por nomes como os de Paul Laband (1838-1919), o *Jurista da Coroa,* bem como também entre nós conhecido Georg Jellinek (1851-1911). Na última parte, antes de lançarmos algumas conclusões, serão apresentados os traços gerais da CIA e de seu texto, enfatizando-se o seu papel como experimento constitucional federativo e autoritário.

2.2 O contexto histórico

A CIA foi decorrência direta, política e normativa, da unificação alemã, que

[4] Exemplificamos essa fabulização com uma conhecida narrativa, dando conta que, ao retornar vitorioso de uma batalha, Frederico II recebeu seus representantes em Brandemburgo. Na ocasião, quando um dos funcionários começou a elogiá-lo, cumprimentando-o pela vitória na guerra, Frederico II o interrompeu, determinando que se calasse e que se ocupasse imediatamente em averiguar quais eram os estoques de centeio, pão, bem como o contingente de cavalos e bovinos, assim como do que necessitavam com maior urgência. Queria ação, não elogios. Cf. KROCKOW, Christian Graf von. *Prússia- um balanço,* São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 18. Tradução de Rósula Kelly Medrado Almeida Passos.

se concretizou em 1871, após a vitória contra a França protagonizada pela Prússia, mas na esteira de um processo que deita raízes nos movimentos e acontecimentos que marcaram a primeira metade do Século XIX, especialmente, contudo, a partir da revolução de 1848. O fracasso do Parlamento de Frankfurt, que em 1849 aprovou uma Constituição que não chegou a ter vigência, não significou – como já visto no capítulo anterior desta obra, o arrefecimento substancial da demanda pela unidade nacional alemã, precisamente uma das ideias motrizes e que permeou a atuação do Parlamento de Frankfurt e da CISP.[5] Nesse contexto, de expressiva relevância, que os parlamentares de 1848-49 optaram por uma solução geopolítica excluía a Áustria, a assim designada *kleindeutsche Lösung,* o que simbolicamente (mas não apenas simbolicamente) fortalecia as pretensões prussianas, em detrimento de alguma oposição, dos estados do sul, especialmente da Baviera.

Por outro lado, o desenvolvimento econômico alemão, resultado da aceleração do progresso tecnológico e de uma relativamente tardia revolução industrial na Alemanha, exigia uma construção política mais ousada que assegurasse a competitividade germânica também na corrida neocolonial[6]. Inglaterra e França detinham um número considerável de colônias na África e na Ásia, que consistiam em mercados consumidores para produtos industrializados, bem como em fontes de suprimento de matérias-primas. A demora na construção de um Estado unitário pode ser uma explicação – entre outras – para o fato de que a Alemanha, à época, não tivesse a estatura de uma potência colonial alemã, muito embora viesse logo mais a se transformar – inclusive do ponto de vista econômico – numa das principais potências mundiais, já no final do Século XIX e, em especial, no período que antecedeu a I Grande Guerra.

O Estado alemão então idealizado atenderia aos interesses econômicos da elite dominante, mediante a formação de um poderoso exército e sustentado uma adestrada e fiel burocracia. Diversos aspectos emocionais e ideológicos se prestaram para o enfrentamento desse problema. Assim, por exemplo, é de se

---

[5] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 22.

[6] Para os temas do neocolonialismo e do capitalismo concorrencial, conferir, por todos, HOBSBAWN, Eric. *The Age of Empire,* New York: Vintage Books, 1989, pp. 56 e ss.

registrar que um patriotismo exuberante obnubilou o caráter autoritário do Estado que se criava, no qual preponderavam militares e uma poderosa casta burocrática, ademais da influência da aristocracia prussiana[7]. Concebeu-se, mais uma vez, um Estado alemão sob a autoridade central prussiana, verbalizado pelo slogan *"Kaiser und Reich – Imperador e Império"*[8].

O conflito entre Prússia e Áustria definiu a hegemonia na Europa Central. A Prússia, vitoriosa, enfrentou a França na determinação da hegemonia em todo o continente europeu[9]. A guerra franco-prussiana marcou o fim de um Império – o francês - e o nascimento de outro, alemão. Por sua vez, a derrota da França e com ela a queda do regime de Napoleão III, marcaram, para os franceses, o fim do segundo Império e o começo da terceira República. A Prússia, sob a liderança de Bismarck, lutou à frente de uma então existente Confederação Alemã do Norte, à qual se aliaram os Estados da Baviera, de Württemberg e de Baden, núcleo a partir do qual se deu a unificação.

Note-se, para lançar ao menos alguma luz sobre o processo que desembocou na guerra franco-prussiana, que esta pode ser reconduzida diretamente à questão da sucessão do trono espanhol. Um alemão, Leopoldo de Hohenzollern, candidatou-se ao trono, o que gerou reação de Napoleão III, preocupado com a política externa expansionista que a Prússia protagonizava na Europa, da qual um alemão no trono espanhol poderia ser um mais uma importante expressão[10]. Uma série de incidentes diplomáticos, habilmente conduzidos por Bismarck, conduziram inevitavelmente à guerra, vencida pelos alemães, que então contavam com impressionante superioridade militar. O pangermanismo latente também foi importante ingrediente na construção de um espaço político sob a hegemonia da Prússia[11].

[7] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 37.
[8] Cf. KOCH, H. W.. *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries,* London and New Yord: Longman, 1984, p. 119.
[9] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 24.
[10] Cf. KITCHEN, Martin. *História da Moderna Alemanha- de 1800 aos dias de hoje,* São Paulo: Cultrix, 2013, p. 157. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte.
[11] O tema *pangermanismo* foi explorado por CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Autoritarismo Afetivo,* São Paulo: Editora Escuta, 2005, pp. 43-50.

Napoleão III foi feito prisioneiro, após a batalha de Sedan, ocorrida em 11 de setembro de 1870. O derrotado imperador francês foi preso no Castelo de Wilhelmshöfe, próximo à cidade alemã de Kassel - "com a prisão de seu chefe, o império francês desmorona"[12]. Os franceses assinaram a rendição em Metz, em 27 de outubro do mesmo ano. A situação foi definitivamente reconhecida, em favor da Alemanha, mediante a capitulação de Paris, assinada em 28 de janeiro de 1871. Cumpriu-se cláusula do armistício e foram realizadas eleições para uma Assembleia Nacional Constituinte na França; inelegíveis estavam antigos ministros, conselheiros de Estado, senadores e prefeitos, isto é, toda a classe política diretamente ligada ao Império[13], porquanto o que se pretendia era uma mudança radical. Os franceses, que vivenciaram uma situação absolutamente caótica, lograram, todavia, proclamar a assim chamada Terceira República, proclamada pelos deputados parisienses Léon Gambetta (1838-1882), Jules Favre (1809-1880) e Jules Ferry (1832-1893), tendo o primeiro governo, ainda provisório, sido exercido por Adolf Thiers (1797-1877).

Além disso, de crucial importância, que a França vivenciou, na época, uma insurreição comunista, a assim chamada Comuna de Paris: "em 18 de março de 1871 Paris se declarou uma 'comuna livre' e, durante dois meses, a bandeira vermelha dos socialistas foi hasteada na Prefeitura de Paris (...) Karl Marx viu na 'comuna' a primeira 'ditadura do proletariado'"[14]. A reação se deu mediante uma repressão terrível, que resultou na consolidação da terceira República francesa, que perdurou até 1940, quando as forças nazistas invadiram Paris e dominaram parte da França; Ao longo de todo o período – aliás, para o que diz respeito mais diretamente à trajetória que culminou com a CIA - já desde o Século XVII as histórias da Alemanha e da França se cruzaram recorrentemente, culminando na tragédia sem precedentes das duas guerras mundiais da segunda metade do Século XX.

---

[12] BARREAU, Jean-Claude. *Toute L'Histoire de France, L"Essentiel,* Paris: Toucan, 2011, p. 230. Tradução livre nossa. No original: *"Avec l'emprisonnement de son chef, le Second Empire s'ecroula".*

[13] Cf. FAUPIN, Hervé. *Les Constitutions de la France depuis 1789,* Paris: Flammarion, 2006, p. 321.

[14] Cf. BARREAU, Jean-Claude, op. cit., p. 233. Tradução livre nossa. No original: *"Le18 mars 1871, Paris se declara 'commune libre' et, pendant deux mois, le drapeau rouge des socialistes flotta sur l'hôtel de ville. Karl Marx vit dans la 'commune' la première 'dictature du prolétariat".*

Os alemães, por sua vez, se beneficiaram do Tratado de Frankfurt, que ditaram aos franceses, ficando com a Alsácia-Lorena e se intitularam para o recebimento de pesada indenização de guerra. Karl Marx teria, inclusive, prognosticado que Bismarck havia plantado as sementes de uma catástrofe europeia, pelos termos e condições do tratado imposto aos vencidos[15].

Mas, deixando de lado a guerra franco-prussiana e sua decisiva importância para a unificação alemã, não se pode deixar de recordar, consoante em parte já antecipado, o significado e legado da obra do Parlamento de Frankfurt, que, em 1849, ofereceu ao rei da Prússia o título de *Kaiser* da Alemanha, o que, no entanto, foi veementemente recusado, mediante o argumento de que com isso se estaria aderindo à revolução de 1848. Em 1871, contudo, a situação seria outra. A coroa foi oferecida pelos príncipes dos vários Estados, agora unificados, sendo, de tal sorte, recebida com júbilo[16]. Note-se que, em 1849, a Prússia negou a coroa porque a oferta decorria de uma revolução com participação popular. Em 1871, pelo contrário, a oferta representou uma acomodação entre o Rei da Prússia e os príncipes alemães, apoiados pela aristocracia rural e pela nascente indústria.

Outrossim, não é de menor relevo que o fracasso do Parlamento de Frankfurt atraiu a classe média para o projeto expansionista prussiano, dirigido pela forte personalidade de Bismarck[17]. O líder alemão tornou-se o *Kanzlerdiktator*, expressão criada à época, impregnado de um sentido que aproxima *ditatura, tirania* e *bonapartismo*[18]. Essa última categoria, *bonapartismo*, foi bem explorada por Karl Marx, quando da sua análise da Revolução Francesa de 1848, ocasião na qual destacou que a burguesia, assustada com o crescimento de forças populares, busca obsessivamente proteção em personagem autoritário: a ditadura, geralmente marcada por forte nacionalismo, seria - em regra - a tábua de salvação da burguesia ameaçada[19].

---

[15] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 159.
[16] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 160.
[17] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 23.
[18] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 165.
[19] MARX, Karl. *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte,* São Paulo: Centauro, 2000. Tradução de Silvio Donizete Chagas.

A unificação alemã de 1871, contudo, teria sido menos o resultado de um exacerbado nacionalismo, e mais o predicado do expansionismo prussiano, fortalecido com a diminuição da influência austríaca no complicado jogo político germânico,[20] não sendo – por esta e outras razões – à toa que a Prússia passou a dominar não apenas o processo de unificação, mas também a Alemanha unificada.

O Segundo Reich, é de se sublinhar, nasceu sem bandeira, sem divisa e sem hino nacional; as unidades federadas manteriam constituições e administrações próprias, ao governo central, como se verá, seriam reservadas a política externa, a organização militar, e a condução geral das políticas econômica e social[21]. Já durante o processo de reunificação se discutiu a respeito da definição de uma data para um feriado nacional comemorativo da unidade nacional duramente conquistada; para uns, a data deveria ser a da coroação de Guilherme I como *Kaiser*; para outros, o *Sedantag,* isto é, a data da vitória alemã na batalha de Sedan; esta última data foi boicotada, sob o argumento de que carregaria um preconceito antifrancês e anticatólico[22]. O hino nacional e a bandeira tiveram de aguardar sua definição até o advento da República de Weimar, em 1919[23], ainda que a marinha tenha utilizado uma bandeira provisória após a promulgação da CIA, por força de sua expressa previsão.

Guilherme I, sucessor de Frederico Guilherme IV, foi coroado *Kaiser* na sala dos espelhos do Palácio de Versalhes, nos arredores de Paris, em 18 de janeiro de 1871, sendo evidente que *"o ódio dos franceses adornou a circunstância"*[24]*.* O nacionalismo conduziu à criação de um Estado unificado, pavimentando seu caminho e sua formatação; a exaltação desse nacionalismo, contudo, a partir de 1914, levou à sua derrocada[25]. Bismarck, por sua vez, transformou-se em uma

[20] Cf. FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany,* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 125.
[21] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 161.
[22] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 173.
[23] Ibidem, p.173
[24] HERMET, Guy. *História das Nações e do Nacionalismo na Europa,* Lisboa: Editorial Estampa, 1996, p. 149. Tradução de Ana Moura.
[25] Cf. HUCKO, Elmar M., cit., p. 38.

lenda viva; imagens e bustos do herói nacional foram vendidas aos milhares. De fato, *"ele havia se tornado um símbolo"*[26]. Prossegue um biógrafo:

> A vitória sobre a França e a criação do novo Reich marcou o ponto alto da carreira de Bismarck. Ele havia alcançado o impossível, e seu gênio não tinha limites. Quando retornou a Berlim, em março de 1871, tinha-se tornado imortal, mas agora se via diante de um desafio completamente diferente: preservar sua criação e fazê-la funcionar[27].

A ascensão de Otto von Bismarck (1815-1898) como chanceler da Prússia distinguiu uma intensa liderança no processo final de unificação, que se consagrou simbolicamente também com a vitória alemã frente aos franceses. Esse processo laureou a chamada *síntese de Bismarck*[28]. Alterou-se profundamente o panorama político europeu[29]. Houve reflexos inclusive em outros países, a exemplo do Brasil, em especial no que se à disputa em torno da primazia intelectual entre França e Alemanha.

A obra de Tobias Barreto (1839-1889)[30] e a importância da Escola do Recife[31], podem confirmar essa afirmação. A Escola do Recife refutou a tradição

---

[26] STEINBERG, Jonathan. *Bismarck- uma vida,* Barueri: Amarilys, 2015, p. 336. Tradução de Maurício Tamboni.

[27] Ibidem, p. 388.

[28] BROSE, Eric Dorn, cit., p. 329.

[29] ZIEMANN, Benjamin; MERGEL, Thomas. *European Political History- 1870-1913,* Aldershot: Ashagate 2007.

[30] AMADO, Gilberto. *Tobias Barreto.* Ariel, Rio de Janeiro, 1934. BARRETO, Luiz Antônio. *Tobias Barreto, a Abolição da Escravatura e a Organização da Sociedade,* Sociedade Editorial de Sergipe. Recife, 1988. BEVILACQUA, Clóvis. Tobias Barreto. In: *Juristas Filósofos.* Livraria Magalhães, Salvador, 1897. CAMPOS, Virgílio. *Tobias Barreto e a Revolução Jurídica Alemã: a influência de Von Jhering no Pensamento Tobiático*, Recife, 1988. CORTES, Paulo Campos. *Tobias Barreto, Antologia de Ideia, uma Revelação.* Editora Radial, Rio de Janeiro, 1974. CORTES, Paulo Campos. *A concepção Filosófica de Tobias Barreto.* Rio de Janeiro, 1980. DANTAS, Paulo. *Tobias Barreto.* 2 ed. Revista e Ampliada. São Paulo: 1952. FERREIRA, Luis Pinto. *Tobias Barreto e a Nova Escola de Recife.* Imprensa Industrial, Recife, 1953. GAMA, Affonso Dionyzio. *Tobias Barreto.* Monteiro Lobato, São Paulo, 1925. LIMA, Hermes. *O pensamento Vivo de Tobias Barreto.* Martins, São Paulo, 1943. LIRA, Roberto. *Tobias Barreto, O homem-Pêndulo.* Companhia Editora Nacional. Rio de Janeiro, 1937. MONT'ALEGRE, Omer. *Tobias Barreto.* Vecchi, Rio de Janeiro, 1939. MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à Utopia: o Pensamento Social de Tobias Barreto e Silvio Romero.* Nova Fronteira, Brasília, INL, Rio de Janeiro, 1985. PEREIRA, Virgílio de Sá. *Tobias Barreto,* Revistas dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1917. ROMERO, Nelson. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Gráficas O Globo, 1943.

[31] BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1977. VEIGA, Gláucio. *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife,* volume VIII. Recife: Artegrafi, 1977. CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*, Rio de Janeiro:

francesa, em favor de uma nova tradição cultural alemã; Tobias Barreto foi um germanófilo[32], como também germanófilo foi D. Pedro II (1825-1891), que visitou a Alemanha algumas vezes, em 1871, em 1876, em 1887 e em 1890[33].

Otto von Bismarck foi o personagem central no movimento de unificação da Alemanha, que se desdobrou juridicamente na Constituição de 1871. Peça-chave no jogo político europeu da segunda metade do século XIX, Bismarck

> admirava Lord Byron e amava a música revolucionária de Beethoven; desenvolveu um profundo sentimento pelas obras de Shakespeare e se interessava por ideias republicanas" [34]. Autoritário, "o estilo pessoal de Bismarck de conduzir os negócios de Estado não tolerava interferências; ele era intolerante em relação a colegas e desconfiava sempre de rivais ou imaginários (...)[35].

Do ponto de vista da história comparada, observou um historiador inglês em livro escrito ao fim da Segunda Guerra Mundial, que *"Bismarck possuía um gênio político de altíssima ordem; e usou esse gênio para evitar na Alemanha a revolução liberal que transformou a Inglaterra no século XVII e a França em 1789"*[36]. Bismarck anteviu demandas sociais inadiáveis, criando um protótipo de sistema previdenciário e trabalhista na Alemanha. É, por tal razão, considerado um dos pais do direito previdenciário, mas também do sistema de seguros-saúde (caixas de assistência à saúde) que ainda – mesmo que com importantes ajustes – prevalece na Alemanha.

Organização Simões, 1969. PAIM, Antonio. *A Filosofia da Escola do Recife*, Rio de Janeiro: Saga, 1966.

[32] PESSOA, Lilian de Abreu. *Aspectos do Pensamento Alemão na Obra de Tobias Barreto*, São Paulo: USP, 1985. LOSANO, Mario G.. *Um Giurista Tropicale- Tobias Barreto fra Brasile real e Germania ideale*¸ Milano: Laterza, 2000.

[33] Conferir narrativa dessas viagens em BRAGANÇA, Carlos Tasso de Saxe-Coburgo e. *Dom Pedro II na Alemanha- uma amizade tradicional*, São Paulo: Senac, 2014.

[34] Cf. KENT, George O., op. cit., p. 8.

[35] Ibidem, pp. 85-86.

[36] TAYLOR, A. J. P.. *The Course of German History,* London and New York: Routledge, 2001, p. 131. Tradução livre minha. No original: *"Bismarck possessed political genius of the highest order; and he used that genius to prevent in Germany the liberal revolution which had transformed England in the seventeenth century and France in 1789".*

Mas também o ambiente cultural, com destaque para o jusfilosófico e a doutrina do direito público é de suma importância para que se possa compreender melhor o processo de construção do novo Estado e de sua arquitetura institucional e organizacional, bem como o próprio texto constitucional, o que veremos logo a seguir.

2.3 O ambiente cultural, jusfilosófico e da doutrina do direito público

O nacionalismo, como já adiantado, foi o traço marcante da cultura alemã contemporânea à época da CIA. Desdobrou-se na forma de um nacionalismo romântico, centrado na ideia de uma *Germânia* histórica, bem como na concepção de um direito nacional unificado, cuja síntese, depois de acalorados debates, foi o Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*-BGB), promulgado em 1º de março de 1900. Do ponto de vista da construção de um direito público afinado com a Constituição de 1871 destaca-se a obra de Paul Laband e do ponto de vista de uma teoria do Estado e do juspublicismo em geral, o gênio de Georg Jellinek.

Já se fez referência ao fato de que, no último quartel do Século XVIII e primeira metade do Século XX, os temas do iluminismo francês foram recepcionados, discutidos e difundidos na Alemanha, no contexto de um movimento germânico de *esclarecimento* (*Aufklärung*). As obras de Immanuel Kant (1724-1804), no campo da filosofia, bem como uma literatura romântica que se apreende em autores como Johann Wolfgang Goethe (1749-1832), Friedrich Schiller (1759-1805) e Johann Gottfried von Herder (1744-1803), distinguiram o protagonismo alemão nesse ambiente cultural, com algumas particularidades. Herder, especialmente, é reputado como o mais expressivo expoente do nacionalismo romântico que explorou em seus estudos de literatura e de língua alemãs.

Todavia, foi o historicismo jurídico que acabou sendo o núcleo conceitual definidor do pensamento jurídico alemão no século XIX, em especial na sua segunda metade, influenciando fortemente o nacionalismo jurídico que

acompanhou o movimento de unificação alemã[37]. Nesse contexto, é de enfatizar que imediatamente após a concretização da liderança prussiana na condução da nova unidade política (o *IIº Reich, Das Zweite Kaiserreich*),[38] Otto von Bismarck iniciou uma política hostilmente anticlerical, a *Kulturkampf,* por intermédio da qual combateu intensamente o catolicismo, determinando, entre outros, a obrigatoriedade do casamento civil (e não mais do religioso) como condição para reconhecimento da união conjugal, por parte do Estado. Essa política resultou em intensa perseguição a poloneses, identificados com o catolicismo romano.

A *Kulturkampf* foi um movimento anticlerical, essencialmente voltado contra a parte do clero católico que apoiava os estados do sul da Alemanha. A expulsão dos jesuítas era uma agenda defendida pelo movimento anticlerical, que Bismarck apoiou irrestritamente. Em 1870 o Concílio Vaticano I aprovou o dogma da infalibilidade papal, exposta por Pio IX, no contexto da Encíclica *Pastor Aeternus.* Vários bispos alemães se opuseram a esse dogma. Bismarck também se opunha à influência da Igreja Católica em matérias de educação. Em linhas gerais,

> As igrejas da Alemanha, tanto naquela época quanto ainda hoje, tinham um relacionamento singular com o Estado. Católicos e protestantes pagavam, e ainda pagam, uma parte dos seus impostos para a manutenção da Igreja. As faculdades de teologia das universidades nas quais padres e pastores eram preparados para a ordenação eram financiadas pelo Estado. O Estado opinava na nomeação dos bispos e observava de perto as atividades deles. Em troca, as igrejas exigiam o poder de influenciar na educação e na lei matrimonial. A situação ficava ainda mais complicada em consequência das divisões entre católicos e protestantes. Cerca de um terço da população se compunha de católicos e quase todo o resto era protestante[39].

No desdobramento da oposição entre Bismarck e a Igreja Católica, as

---

[37] Conferir, quanto ao ambiente jurídico, FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte,* Berlin: Walter de Gruyter & CO., 1962, pp. 283-294. Também, HOKE, Rudolf. *Österreichische und Deutsche Rechts-Geschichte*, Wien, Köln, Weimar: Böhlau Verlag, 1992, pp. 419-438.

[38] Sucessor do *I º Reich,* o Sacro Império Romano Germânico, *Heiliges Römisches Reich*, que existiu da coroação de Carlos Magno, no ano 800, até a dissolução formal do Império, por determinação de Napoleão Bonaparte.

[39] KITCHEN, Martin, op. cit., p. 185.

autoridades de Roma determinaram a excomunhão dos católicos que se opunham ao dogma da infalibilidade papal. Na Alemanha, o Estado se recusou a dispensar professores e servidores que também se opunham ao catolicismo. A Baviera, ainda que católica, aderiu às ideias anticlericais de Bismarck, *"proibindo os padres de fazer declarações subversivas em seus sermões"*[40]. No centro do catolicismo alemão verificava-se forte oposição à Igreja de Roma.

O confronto político que opôs recorrentemente franceses e alemães também se verificou nos campos da cultura e do direito, e de modo também intenso. No caso interno alemão, o pano de fundo desse antagonismo se deu em torno de um acirrado debate sobre a codificação do direito. A polêmica entre Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)[41] e Anton Thibaut (1774-1840)[42], em torno da codificação do direito, segue sendo talvez o melhor exemplo dessa disputa.

O direito europeu do século XIX nasceu sob os auspícios dos grandes temas do iluminismo jurídico: soberania nacional, representação política, liberdades civis (de reunião, de propriedade, de expressão, de culto), divisão de poderes, império da lei e estado de direito. Pretendia se fixar esse novo direito em textos claros, precisos, completos, sistemáticos e redigidos em língua vernácula[43]. Essa tradição, defensora da chamada codificação, remontava a Gottfried Wilhelm Leibnitz (1646-1716) e mais recentemente a Jeremiah Bentham (1748-1832).

Na tradição de Leibnitz esgotava-se uma pretensão jusnaturalista de deduzir todo o direito de uma razão universal, ideia compartilhada por Cristian Wolff (1679-1754). Na tradição de Bentham, utilizada como razão justificativa do empenho de codificação, preponderava a pretensão de um sistema que promovesse a segurança jurídica. A Leibnitz e a Bentham acrescenta-se o jurista napolitano Gaetano Fielangeri (1752-1788) a quem pode-se imputar, na era moderna, o esforço de edificação de uma ciência da legislação, a legística, ciência que se ocupa com o estudo da qualidade das normas jurídicas.

---

[40] Ibidem, p. 187.

[41] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.). *Juristen- ein biographisches Lexicon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert,* München: Verlag C. H. Beck, 2001, pp. 555-560.

[42] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 624-626.

[43] Cf. ALVARADO, Javier. Texto introdutório sobre o direito europeu no século XIX. In: DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales*, Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2004.

A ideia de código triunfou na França napoleônica, onde se registram o Código Civil (1804), o Código de Processo Civil (1807), o Código de Processo Penal (1808) e o Código Penal (1808). A pretensão de um ordenamento completo, sem lacunas, no qual o direito era a lei, e essa como a representação da vontade do Estado, justificou a imensa tarefa de codificação então realizada. Decorreu dessa construção a *Escola de Exegese*, para a qual as leis naturais somente obrigariam quando sancionadas por leis escritas.

A interpretação do direito se resumiria a um processo de investigação do sentido do texto codificado. Ao intérprete caberia buscar a intenção e a vontade do legislador. Charles Aubry (1803-1883), Raymond-Theódore Troplong (1795-1869) e Jean Charles Florent Demolombe (1804-1887) foram os nomes mais expressivos dessa escola de interpretação, que na França foi criticada e de algum modo superada pela obra superveniente de François Geny (1861-1959). Para a Escola de Exegese, ao jurista, caberia, tão somente, a tarefa de exposição e de comentário dos códigos então promulgados[44].

A reação alemã à escola de exegese deu-se com a escola histórica do direito, movimento que se identificou no plano ideológico com a unificação da Alemanha, e no plano estritamente jurídico com a concepção de um direito nacional. E foi a partir do papel e da influência desta escola de pensamento, liderada por Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), que se construiu uma linha de pensamento jurídico alemão, cujo ponto máximo no século XIX deu-se no modelo da *jurisprudência dos interesses*, ligado à Rudolf von Jhering (1818-1892)[45].

Savigny era inimigo da codificação, formulação que havia triunfado entre os franceses[46]. Repudiou o movimento que visava a sistematização do Direito Civil alemão, polemizando com Thibaut. Para Savigny a codificação do Direito conduziria ao congelamento de uma latente e realizada experiência cultural e normativa. Identificado como o maior nome da chamada escola histórica do direito, Savigny afirmava que nenhuma etapa histórica vive por si mesma; todo

---

[44] ALVARADO, Javier, op. cit.
[45] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 334-336.
[46] Para uma visão francesa, formulada em meados do século XIX, a respeito da resistência de Savigny à ideia de codificação, LABOULAYE, Édouard. *Essai sur l avie et les doctrines de Frédéric Charls de Savigny,* Paris: A. Durand, Libraire, 1842, pp. 35 ss.

momento histórico é, necessariamente, a continuidade do passado. Para essa escola, o homem é fundamentalmente um ser histórico.

Savigny liderou a chamada *escola histórica do direito*, cuja metáfora constitutiva radicava na ideia de *organismo*, concepção que se fundava na possibilidade de relação entre as várias instâncias da vida social, que transitavam da língua para os costumes, no contexto mais amplo do romantismo alemão[47]. A atuação de Savigny transcendeu ao contexto da academia. Savigny foi também conselheiro do estado da Prússia (1817) e ministro da reforma legislativa (1842-1848)[48].

A polêmica entre Savigny e Thibaut opôs os defensores de um direito de inspiração popular aos defensores de um direito codificado. Anton Thibaut, professor na Universidade de Heildelberg, publicou, em 1814, um libelo em favor da necessidade da codificação na Alemanha (*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*), inclusive, como meio para a unificação.

Imbuído de forte espírito iluminista, entusiasmado pela concepção de leis gerais, Thibaut invocava uma percepção científica do direito, que poderia ser alcançada, de modo matemático, por textos normativos de abrangência geral[49]. Seus detratores o identificaram com o pensamento francês. A polêmica Savigny versus Thibaut configurou-se como um dos momentos mais tensos na construção do direito alemão no século XIX, projetando-se seus efeitos para debates em outros países, até cotidianamente.

Essa disputa revelou uma tensão entre o racionalismo iluminista e o historicismo que marcou o romantismo alemão, traduzida por dissensos que havia em torno do direito romano. De um lado, um grupo reticente para com o espólio do direito romano centrado na obra de Justiniano e nos glosadores das escolas europeias medievais, liderado por Thibaut [50] ; de outro, os defensores da

[47] Cf. JOUANJAN, Olivier. *L'esprit de l'École historique du droit, textes inédits em français de F. C. von Savigny et G. F. Putcha,* Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2004, p. 10.
[48] Cf. RÜCKERT, Joaquim. In: DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales*, op. cit. p. 59.
[49] Cf. GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval Europeia*, São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 162. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca.
[50] Cf. MARINI, Giuliano. *La Polemica sulla Codificazione*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 1982, p. 31.

consciência popular como reveladora do direito, cujos conceitos formais se exprimiam pelo legado romano. Esse grupo era direta e fortemente inspirado no pensamento de Savigny, que insistia na segurança que os procedimentos e conceitos romanos traziam para uma ciência jurídica, desde que conectados com o comportamento natural da população alemã[51].

Pode-se captar na obra de Savigny uma reação à onda revolucionária francesa que também afetou a Alemanha, especialmente na era napoleônica. O historicismo de Savigny marcou uma resistência alemã em relação a uma alegada arrogância francesa, marcada por uma filosofia com pretensões universais[52]. A escola histórica foi, na essência, o resultado da especulação jurídica em torno de um conjunto de ideias reacionárias (ou antiliberais) em contradição com as reformas políticas e culturais advindas do jusnaturalismo racionalista.

Trata-se da reação alemã à escola de exegese. Ainda que fortemente ligada ao estudo do direito romano, a escola histórica abominava a concepção de que o *Corpus Juris Civilis* deveria ser recepcionado como um código de direito natural universal[53]. Preponderantemente, para Savigny, o direito é um fato histórico[54]. Decorreria dos costumes, das crenças populares, e também de sua observação científica, sempre como resultado de uma força interior e perene, tacitamente ativa. Para Savigny, o arbítrio do legislador não era condição única, necessária e suficiente para criação do direito[55].

A escola histórica, além disso, opunha-se ao jusnaturalismo. O direito revelava o *espírito de um povo,* o *Volksgeist*. A escola histórica, nesse sentido, exaltava o irracional, o nacionalismo germânico, uma pretensa identidade coletiva, que também se revelava na língua e nos costumes. Esse nacionalismo jurídico é encontrado também em Jacob Grimm (1785-1863), autor de importante livro, *Antiguidades do Direito Alemão*[56]. Karl von Stein (1757-1831) foi também

---

[51] SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Arengreen, 1946, p. 63. Tradução do alemão para o espanhol de Adolfo G. Posada.
[52] Cf. BROSE, Eric Dorn. *German History- 1789-1871- from the Holy Empire to the Bismarckian Reich,* Providence and Oxford: Berghan Books, 1997, p. 148.
[53] Cf. ALVARADO, Javier, op.cit.
[54] Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von, op. cit., p. 48.
[55] Ibidem, p. 48
[56] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op.cit., pp. 262-263.

importante intelectual e político ligado a esse movimento, iniciando a publicação de um conjunto de documentos sobre as fontes da história alemã, os *Monumenta Germaniae Historica.*

Para a escola histórica, o povo é uma individualidade orgânica, tem vida própria, e se concretiza na existência mediante uma língua, uma religião, o desenvolvimento de vários costumes, bem como de um sistema jurídico. Trata-se de entidade ideal, espiritual, invisível; por isso, a construção da língua, da religião, dos costumes e do sistema jurídico pode-se dar - - inclusive - - de modo oculto.

Essa entidade é histórica, origina-se em algum lugar e tempo, evoluiu, decai, podendo, inclusive, desaparecer. É a fonte de todo o direito[57]. Esse direito popular, no entanto, não afastaria a possibilidade de uma análise científica[58]. Para Savigny, cada povo é um indivíduo[59], e assim deveria ser considerado e estudado. Esse estudo, todavia, seria prerrogativa de juristas profissionais, a quem Savigny incumbia a tarefa de descoberta, revelação e interpretação de um direito verdadeiramente popular.

Savigny creditava certa preponderância aos costumes, no quadro geral das fontes do direito. Os costumes revelavam o caráter de um povo, progrediam com o tempo, no contexto de um processo idêntico ao que ocorre com a linguagem[60]. Em passagem recorrentemente citada, Savigny explicitou que o direito progride com um povo, com ele se aperfeiçoando, e com ele perecendo[61]. No entanto, e com veemência, Savigny não admitia categorias conceituais de fabulização da realidade, a exemplo do contrato social, condenando-o:

> Em certos tempos, dos quais não estamos muito distantes, vivia-se em uma condição perfeitamente animal, a qual, graças a um sucessivo desenvolvimento, se foi caminhando para uma existência cada vez melhor, até que se alcançou a altura da civilização em que se agora se encontra. Pode-se

[57] Cf. LÓPEZ, José Hernández. *Introducción histórica a la filosofia del derecho contemporânea*, Murcia: Universidade de Murcia Servicio de Publicaciones, 2005, p. 16.
[58] Cf. GÓMEZ, Juan A. García, *El historicismo filosófico-jurídico de F. K. von Savigny,* Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, pp. 166 e ss.
[59] Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von, op. cit., p. 44.
[60] Ibídem, p. 46.
[61] Ibídem, p.46

prescindir, desde logo, de tal doutrina (...)[62].

Savigny invocava que cada povo contava com um direito civil detentor de um caráter determinado, a ele peculiar, a exemplo do que ocorria com a língua, com os costumes e com a própria organização política[63]. Esse direito também se manifestava através de atos simbólicos, que Savigny identificava como a gramática dos povos antigos. Ilustrava o argumento apontando a tarefa principal dos jurisconsultos romanos, que consistia precisamente em manter a exatidão desses atos carregados de simbologia[64]. De fato, há registros de uma intensa preocupação da jurisprudência romana com a regularidade das fórmulas que deveriam ser pronunciadas em juízo.

A escola histórica do direito contou também com a intensa participação de Georg Friedrich Puchta (1798-1846)[65], de cujo trabalho surgirá também outra linha do pensamento jurídico alemão do século XIX, a *jurisprudência dos conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*). Puchta fora professor de Rudolf von Jhering, exercendo sobre ele grande influência. Para Puchta, deveria o jurista extrair, por abstração, os conceitos jurídicos configuradores do direito, a partir das fontes jurídicas existentes, especialmente as de origem romana[66]. É intrigante essa preocupação dos juristas alemães com o legado do direito romano.

A escola histórica do direito foi uma doutrina carregada do espírito romântico do idealismo alemão. Puchta e Savigny corresponderam-se por mais de vinte anos. Putcha havia estudado filosofia com o próprio Hegel, de onde radicava percepção relativa à existência de uma consciência popular comum formadora do direito. Putcha deu um tratamento sofisticado ao tema das fontes, admitindo o direito legislado e as construções científicas de interpretação. De acordo com Putcha, o direito teria como fontes o convencimento popular (*die Volksüberzeugung*), a lei (*die Gesetzgebung*) e a ciência (*die Wissenschaft*). Admitia que os juristas integrassem o espírito popular sendo, por isso, também

[62] Ibídem, p. 49.
[63] Ibidem, p. 43.
[64] Ibidem, p. 45.
[65] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 517-518.
[66] Cf. MAYER-MALY, Theo; DOMINGO, Rafael. In: DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales,* cit., p. 140.

autênticos criadores da ciência jurídica[67]. Putcha pretendia "*vertebrar o direito alemão conforme as categorias do direito romano, segundo a sistematização do digesto*", de onde se poderia construir uma genealogia de conceitos, concebendo-se a ciência jurídica como um sistema verdadeiramente lógico[68].

Aos nomes de Savigny e de Putcha pode-se agregar, no contexto dos formuladores da escola histórica, a Adolf August Friedrich Rudorff (1803-1873). Professor na universidade de Berlim, Rudorff editou as obras de seus predecessores, dirigindo, especialmente, uma revista especializada em história do direito [69]. Rurdorff foi um seguidor fiel de Savigny, acompanhando as várias edições de sua obra.

As ideias de Putcha influenciaram na construção de um tipo específico de literatura jurídica, o *Tratado* (*Lehrbuch*), textos nos quais se pretendia uma sistematização racional ou dogmática das categorias jurídicas. O jurista trabalharia como um naturalista, classificando, dedutivamente, as várias categorias e conceitos jurídicos. Como resultado, chegou-se a uma total desconexão com a realidade social e com os problemas empíricos do direito[70]. O direito ganhou uma identidade conceitual de certa forma desconectada com a realidade, situação que será mais tarde será denunciada na própria Alemanha.

Essa metodologia historicista e conceitual causou intensa reação, também a partir de Rudolf von Jhering, que criticava a premissa da jurisprudência dos conceitos (derivada da escola histórica) no sentido de que o direito seria um valor absoluto. A jurisprudência deveria se pautar por finalidades, revelar seu caráter teleológico, levando em conta os vários interesses que pairam sobre a vida social. Interesses econômicos, artísticos e científicos qualificam as exigências da vida, que não podiam ser consideradas de modo abstrato[71].

Para Jhering, a investigação científica do direito deveria ser deslocada para a atividade do legislador, campo no qual se poderia produzir uma teoria genética dos interesses, indicadora de uma genética de conceitos verdadeiramente

[67] Ibidem, p.140.
[68] Cf. ALVARADO, Javier, op. cit.
[69] Cf. DOMINGO, Rafael, op. cit., p. 176.
[70] Cf. ALVARADO, Javier, op. cit.
[71] Cf. ALVARADO, Javier, op. cit.

relevantes[72]. O resultado das construções jurídicas, para Jhering, deveria atender à resolução de problemas práticos.

Na parte final do século XIX essa linha compreensiva do direito alcançou nos trabalhos de Hermann Kantarowicz (1877-1940) sua expressão mais bem definida[73]. Trata-se da *Escola do Direito Livre*, fortemente marcada pelo neokantismo então preponderante na filosofia alemã. Escrevendo com o pseudônimo de *Gnaeus Flavius*[74], Kantarowicz problematizou a insuficiência do direito colocado exclusivamente em formas jurídicas codificadas. Essa escola se insurgiu contra os formalismos e legalismos estritos, reconhecendo a existência de lacunas no direito, enfatizando a importância dos intérpretes na construção do direito, admitindo-se sua historicidade e insistindo na acomodação do direito com a realidade[75].

No contexto da escola histórica deve-se registrar a importância do direito romano, qualificado por sua recepção pelo direito germânico, o que Savigny também denominava de direito comum[76]. Para Savigny os procedimentos de revelação do direito romano assemelhavam-se às operações matemáticas, no sentido de que os jurisconsultos romanos, na exagerada imagem do pensador alemão, calculavam com as ideias[77]. Savigny não fazia reticências em prantear o direito romano como um *direito natural sancionado*[78], tomando-se esse último, no entanto, de modo alegórico.

Para Savigny, um código, simplesmente, não resolveria de modo definitivo o eterno problema da estabilidade das relações jurídicas. O desejado laconismo dos textos legais, apontava Savigny, poderia resultar em concisão estéril, incapaz de apreender os problemas concretos das relações humanas. A prolixidade, por outro lado, condenaria as fontes do direito a um papel de inaceitabilidade, ainda que, reconhecia, a redundância também poderia propiciar uma eficácia cujo

---

[72] Cf. ALVARADO, Javier, op. cit.
[73] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 347-349.
[74] Personagem histórico que viveu no século IV a.C., filho de um escravo liberto, profundo conhecedor do direito romano e que tomou várias posições em favor da plebe romana, em perene luta contra os patrícios.
[75] Cf. ALVARADO, Javier, op. cit.
[76] Cf. SAVIGNY, Friedrich Karl von, op. cit., p. 71.
[77] Ibidem, p. 63.
[78] Ibidem, p. 61.

reconhecimento era necessário e merecido[79]. Savigny era um obcecado com o passado, de onde retirava argumentos para um vigoroso plano jurídico nacionalista para o ambiente no qual viveu. Assim, os vários problemas submetidos às autoridades judiciárias deveriam guardar pertinência com os casos concretos, a partir de onde seriam avaliados de acordo com o conjunto dos costumes vigentes. Em favor (ou em desfavor) de um código não poderia prevalecer argumento de concisão ou crítica de prolixidade, porquanto ambas, em menor ou maior grau, suscitavam vantagens e desvantagens.

No panorama do pensamento jurídico alemão do século XIX destacou-se também Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) a quem se deu o epíteto de *o pai do direito público alemão moderno*[80]. Gerber correspondeu-se intensamente com Jhering; lecionou em Iena, Erlanger, Tübingen e Leipzig. Defendia um direito alemão unificado, na medida em que amadurecida a ideia, e na proporção das necessidades políticas e econômicas de uma sociedade que estava em transformação, e que era radicalmente diversa daquela dos tempos das invasões napoleônicas e das ordens reacionárias de Metternich. Gerber centrou sua linha de raciocínio no conceito de *vontade*; no direito privado deveria preponderar a vontade do indivíduo, e no direito público deveria prevalecer a vontade do Estado[81]. Essa visão dicotômica, de algum modo, prevalece até hoje.

Destaca-se, ainda, Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867)[82], que também defendeu a modernização do direito, na linha de Ludwig Feuerbach (1804-1872)[83], de quem fora colaborador e secretário particular. Mittermaier criticava a pena de morte, argumentando que a finalidade de qualquer pena consiste na possibilidade de se tornar o delinquente uma pessoa melhor. No quadro de modernização que concebia, Mittermaier defendia um processo penal dotado de publicidade e de oralidade. Mittermaier é também considerado um dos pioneiros no estudo do direito comparado, por conta dos conhecimentos amplos que revelou

---

[79] Ibidem, p. 58.
[80] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 237-238.
[81] Cf. REQUEJO, Juan Luis. In: DOMINGO, Rafael (org.), op. cit., p. 331.
[82] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 441-442.
[83] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 208-211.

ter, sobre a jurisprudência de outros países[84]. A ligação de Mittermeier com Feuerbach, e deste com os chamados jovens hegelianos, aponta para uma aproximação entre o legado de Hegel e o desenvolvimento da escola histórica alemã. Em ambos os casos é patente uma reação à presença francesa no território alemão, o que ocorreu no início do século XIX.

À mesma época, e com igual importância, Carl Theodor Welcker (1790-1869), também protótipo de professor e político, defensor do nacionalismo liberal alemão, marcado por um destacado sentimento prussiano, ainda que simpatizante de uma *grande Alemanha*, com poder centralizado em Viena. Welcker foi um dos que se insurgiu com o autoritarismo de Metternich, reagindo aos decretos de Carlsbad, em sua juventude[85].

Destaque merece também Robert von Mohl (1799-1875)[86], que participou das revoltas estudantis de reação aos decretos de Carlsbad; posteriormente, foi membro da Assembleia de Frankfurt, ocasião na qual defendeu uma monarquia constitucional que coordenaria um estado federal com ampla diversidade de culturas. Mohl notabilizou-se como um dos teóricos do *Estado de Direito* (*Staatsrecht*), tendo sido, ademais disso, autor da primeira obra específica com tal título e dedicada ao tema[87].

Um pensamento de matriz mais protestante marcou a obra de Friedrich Julius Stahl (1802-1861)[88], considerado como um teórico do estado monárquico luterano. De origem judaica, converteu-se ao luteranismo, quando passou a defender a necessidade de uma organização política e jurídica de fundo ético, com referência em uma autoridade superior, muito acima dos homens. Negava o poder do Estado que procedesse da soberania popular[89].

O que se pode afirmar, a esta altura, é que o pensamento jurídico alemão no Século XIX desenvolveu-se no contexto da escola histórica, na qual pontificaram Savigny e Putcha. Da escola histórica alcançou-se sofisticada teorização, para a

[84] Cf. SÁNCHEZ-OSTJ, Pablo. In: DOMINGO, Rafael (org.), op. cit., p. 106.
[85] Cf. PERALES, Ascensión Elvira. In: DOMINGO, Rafael (org.), op. cit., p. 115.
[86] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 447-448.
[87] Cf. LÓPEZ, José Luis Martinez. In: DOMINGO, Rafael (org.), *Juristas Universales,* op. cit., p. 154.
[88] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 596-597.
[89] Cf. TRUYOL Y SERRA, Antonio e DOMINGO, Rafael. In DOMINGO, Rafael (org.), op. cit., p. 166.

qual a tarefa do jurista consistiria na apreensão de conceitos, a partir da experiência e das fórmulas consagradas romanas, como exigência para o alcance de uma ciência do direito. Essa fixação com a experiência romana redundou na escola dos pandectísticas, da qual Bernhard Windscheid (1817-1892)[90] foi o último e mais refinado representante, e de onde se desdobrará a linha positivista que alcançará Hans Kelsen (1881-1973)[91].

Registre-se que Paul Laband e Georg Jellinek destacaram-se como os mais importantes constitucionalistas da era da Constituição Alemã de 1871. Paul Laband[92], o mais respeitável constitucionalista do IIº Reich, foi o *jurista da coroa*[93]. Manteve a tradição acadêmica alemã de estudar em várias universidades, frequentando cursos em Breslau, Heidelberg e Berlim. Nasceu em Breslau, capital da província prussiana da Silésia.

Laband expressou constitucionalmente os ideais de dominação da Prússia. Inicialmente, especializou-se em temas orçamentários, assunto sobre o qual em 1870 publicou importante artigo, anonimamente, no jornal *Kreuzzeitung*[94]. Laband discutiu as leis orçamentárias, indagando se teriam natureza formal ou material[95]. Argumentou que a aprovação legislativa qualificaria simplesmente conteúdo formal à lei de meios. Como consequência, o Executivo poderia flexibilizar a aplicação das leis do orçamento; não precisaria de autorização do Legislativo para gastar. Essa tese chamou a atenção das autoridades prussianas, que justificaram a ação financeira de um Executivo forte. Para Laband, o orçamento aprovado pelo Legislativo não era vinculativo para o Executivo[96].

---

[90] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 672-273.
[91] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 354-356. Há também interessante texto publicado no Brasil, sob os auspícios de RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luis; TOFFOLI, José Antonio Dias. KELSEN, Hans. *Autobiografia,* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e de José Ignácio Coelho Mendes Neto.
[92] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 374-375.
[93] SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros Alemanes del Derecho Público,* Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 162.
[94] Cf. STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany- 1800-1914,* New York and Oxford: Berghahn Books, 2001, p. 323.
[95] No Brasil esse assunto foi tratado por Francisco Campos em extenso parecer. Conferir, CAMPOS, Francisco. *Orçamento- sua natureza jurídica.* In: CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional,* Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1956, pp. 287-310.
[96] FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws,* Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 30.

Laband também se manifestou no clássico debate que opõe (ou que aproxima) Estado e Governo. Entendia que Estado e Governo eram realidades políticas que se identificavam; essa concepção, levada ao limite, minimizava a possibilidade de se questionar atos administrativos. Defensor de uma compreensão de direito que afastava valores históricos, sociológicos e econômicos, Laband revelou-se como um positivista. Preocupava-se obsessivamente com a construção de conceitos jurídicos, extirpando do direito todos os elementos valorativos informados pelas demais ciências humanas, incluindo-se aí conceitos de filosofia e de política[97].

Rejeitava a criação judicial pelo intérprete, circunstância que foi também percebida pelo jurista brasileiro Francisco Campos, que conhecia a doutrina do direito constitucional alemão, conforme se comprova com a leitura de discurso proferido na Câmara dos Deputados, no Rio de Janeiro, em 6 de outubro de 1921[98]. A obra de Laband é o ponto alto da construção dogmática do direito público alemão da segunda metade do século XIX[99], justificativa do epíteto *diritto pubblico labandiano*, veiculado pelos receptores de seu pensamento na Itália[100].

Ainda em Breslau, Laband foi aluno de Theodor Mommsen (1817-1903), destacado jurista, historiador, romanista e filólogo alemão, que deixou grande legado, centrado nas relações que estabeleceu entre Direito e História[101]. Esse esforço o aponta como um dos grandes romanistas na tradição acadêmica alemã. Mommsen exerceu grande influência sobre Savigny, pelo que deve ser ligado, desde o início, à escola histórica; exerceu também grande influência sobre Laband, que foi seu aluno, mas que não gostava de suas aulas. Para Laband, as aulas de Mommsen eram rápidas e aborrecidas; o grande professor de Direito Romano, segundo Laband, somente se preocupava com os livros que escrevia[102].

Mommsen tinha familiaridade com Cicero, Tácito, Paulo, Varro, entre tantos outros personagens da história romana[103]. Mommsen é a mais completa

---

[97] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 161.
[98] Cf. CAMPOS, Francisco. *Perfis Parlamentares,* Brasília: Câmara dos Deputados, 1969, p. 23.
[99] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 160.
[100] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 324.
[101] DOMINGO, Rafael. *Juristas Universales,* Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 298.
[102] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 147.
[103] MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*, Graz: Akademische Druck-U. Verlagsansalt, 1955.

ilustração de um bem-sucedido acadêmico alemão do século XIX[104]. Em 1902 foi laureado com o Prêmio Nobel, como reconhecimento das qualidades literárias de sua produção romanística, considerado, à época, como "*o maior mestre na arte da escrita da história*"[105].

Filho de um pastor protestante, Mommsen estudou em Kiel, obteve a cátedra de Direito Romano em Breslau (1854) e seguiu para a Universidade de Berlim (1861) onde foi reitor. Marcado pela paixão como se referia aos personagens da história de Roma sobre os quais dissertava (ao que parece, adorava César e desprezava Cícero), Mommsen também foi um apaixonado na política. Divergiu de Bismarck, por quem foi processado por calúnia, ainda quem tenha sido posteriormente absolvido.

Mommsen era um crítico da política social de Bismarck, bem como do antissemitismo que marcou sua época. Mommsen devotou a vida para a cultura e para o conhecimento[106]. *Wissenschaft* e *Bildung* (noções muito próprias da língua alemã, que identificam apreço à ciência e a construção do conhecimento[107]) são epítetos que invariavelmente identificam sua trajetória intelectual.

Deixou mais de 1500 títulos publicados, entre artigos e livros. Segundo seus biógrafos, Mommsen "*será sempre um ponto de partida obrigatório em qualquer estudo sério sobre quaisquer dos múltiplos campos que cultivou*"[108]. Mommsen e Laband dividem um mesmo espaço na história das ideias alemãs da segunda metade do século XIX, precisamente no sentido de que eram intelectuais com grande interlocução com a aristocracia dominante.

---

[104] Para um estudo do papel de Theodor Mommser ao longo do século XIX, conferir HEUSS, Alfred. *Theodor Mommsen und ds 19. Jahrhundert*, Kiel: Ferdinand Hirt, 1956, especialmente pp. 33-57, *Mommsen als Jurist*.

[105] DOMINGO, Rafael, op.cit., loc. cit.

[106] Consultar as memórias de sua filha, MOMMSEN, Adelheid. *Mein Vater- Erinnerunger an Theodor Mommsen,* München: Matthes & Seitz Verlag, 1992.

[107] Cf. WATSON, Peter. *The German Genius- Europe´s third Renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*, London: Simon & Schuster, 2010, p. 53. O conceito de *Bildung*, esclarece esse autor, é um neologismo do século XIX, que tinha como origem duas passagens da tradução que Martinho Lutero fizera da Bíblia. Em Gênesis, I: 26-7 e na Epístola de Paulo aos Coríntios, 2, 3:18, tem-se a expressão *imagem*, isto é, o homem como *imagem* (Bild) e Deus e a *imagem* (Bild) da glória, como indicativos da construção de uma visão pessoal de mundo, decorrente de uma mentalidade *cultivada*, *instruída*, dotada de bom gosto, determinante na fixação de uma *direção a seguir*.

[108] DOMINGO, Rafael, op. cit., p. 299.

Depois de obter seu título de doutor Paul Laband trabalhou no tribunal de sua cidade natal, Breslau; à época, teria se chocado com o conselho de um magistrado que reputava experiente: "*esqueça-se de tudo o que aprendeu na Faculdade*"[109]. Recusou um alto cargo no Ministério da Justiça do Reich[110]. Ocupou-se prioritariamente com suas aulas e com seus livros de Direito Constitucional, cujo grande êxito poderia ser confirmado pelo fato de que o Príncipe-Herdeiro conhecia de memória vários trechos dessa obra[111].

A necessidade de resolver os problemas que a Prússia enfrentava junto à Confederação de Estados da Alemanha do Norte teria sido a razão que levou Laband a dedicar-se ao Direito Constitucional[112]. Extremamente atuante na vida acadêmica alemã, Laband fundou e colaborou com importantíssimas publicações jurídicas, a exemplo do *Archiv für öffentliches Recht* (1886), do *Deutsche Juristenzeitung* (1896) e do *Jahrbuch für öffentliches Recht* (1807), a par de ter redigido pareceres sobre vários problemas de direito público[113].

Sua portentosa obra de Direito Constitucional segue um arranjo de apresentação dos temas, que inicia com uma concisa apresentação da história da criação do Império e de sua Constituição, seguindo para o ponto central dessa ordem constitucional: a relação entre o poder central e as unidades federadas[114].

As fortes convicções metodológicas de Laband, argumentavam seus críticos, conduziriam para uma petrificação de um direito constitucional absolutamente marcado pelas suas injunções políticas, exatamente na medida em que se defendia sua compreensão fora dos limites da política[115].

A obra de Paul Laband assinala a apoteose do direito constitucional do *Reich*, notadamente porque justificou e explicou juridicamente sua ordem política[116]. Paul Laband teria aproximado conceitos de Governo e de Estado, no sentido de que aquele seria a representação empírica e objetiva desse último. O

[109] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, *Maestros Alemanes del Derecho Público,* op. cit., p. 152.
[110] Ibidem, p. 163.
[111] Ibidem, p. 159.
[112] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., loc. cit.
[113] Ibidem, p. 324.
[114] Ibidem, p. 325.
[115] Ibidem, p. 327.
[116] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 168.

contraste entre um *sujeito de direito* (*Rechtssubject*) e uma *relação de direito* (*Rechtsverhaeltniss*)[117] sugere o contraste entre um ente-sujeito -- - *Governo* - - que objetivamente protagonizaria tarefas e funções das relações de direito que decorrem da edificação institucional do *Estado.* Essa aproximação, e o que dela decorre, especialmente a partir da fixação da natureza jurídica do Império Alemão, é um dos pontos centrais que matizam Paul Laband como o teórico do IIº Reich.

Já no final do século XIX – quando o Segundo Reich chegava a seu apogeu - Georg Jellinek notabilizou-se também como um dos grandes teóricos do direito público alemão[118]. Seu pai, Adolf Jellinek, um dos líderes da comunidade judaica de Viena, era um reputado estudante do *Talmud* e das línguas orientais[119]. Sua condição judaica foi uma das razões explicativas para as dificuldades que enfrentou para obter uma cátedra universitária[120]; ao que consta, quando indicado para lecionar, seu nome era vetado por setores clericais da Áustria, que temiam o que denominavam de uma "*judaização da universidade de Viena*"[121].

Jellinek foi amigo dos grandes personagens intelectuais da história alemã da virada do século XIX para o século XX, a exemplo de Jacob Burckhardt e de Max Weber[122], o que não fora suficiente para mitigar o preconceito que sofreu em sua região de origem. Jellinek, no entanto, lecionou em Basel e em Heidelberg, universidades que o aceitaram[123].

Jellinek estudou Direito em Viena, doutorando-se também em Filosofia, defendendo tese sobre o otimismo e o pessimismo nas concepções de Leibniz e Schopenhauer. A aproximação de suas reflexões jurídicas com a filosofia foi uma de suas principais características: Jellinek foi um dos construtores da *teoria jurídica do mínimo ético*, defendendo que o Direito se qualifica por um conjunto de regras morais obrigatórias para a vida social[124]. A variabilidade dos conteúdos da

---

[117] LABAND, Paul, op. cit., p. 100.
[118] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), op. cit., pp. 333-334.
[119] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 169.
[120] Ibidem, p. 178.
[121] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 441.
[122] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 183-183.
[123] Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish, op. cit., p. 35.
[124] Cf. RIOS, Fernando de los. *Prólogo.* In: JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*, México: Fondo de Cultura Economica, 2004, p. 32. Tradução de Fernando de los Rios.

ética decorreria da própria variabilidade do Direito; não haveria uma ética absoluta e permanente, assim como não haveria também um ordenamento jurídico que se pretendesse de igual modo absoluto e permanente[125].

Os estudos de Jellinek sobre as concepções de mundo em Leibniz e Schopenhauer o conduziram à problematização de questões centrais na ética; isto é, o Direito implicaria uma significação ética e social, de onde derivaria uma noção de *justo*, que abominaria o *injusto,* a *iniuria* da construção latina, que os alemães verteram para *Unrecht*[126]. Seu livro de Teoria Geral do Estado cuidava dos problemas centrais da disciplina, exatamente como vividos por um expectador da construção do Império Alemão. Jellinek discutiu o problema da doutrina do Estado, no contexto de três núcleos epistemológicos convergentes: a política, as ciências normativas e as ciências causais[127]. Entendia que as relações entre Estado e indivíduo carregavam uma natureza jurídica por intermédio da qual aos indivíduos o Estado atribuiria precisamente direitos e obrigações[128].

Jellinek expôs os temas do nome do Estado, de sua natureza, de suas doutrinas de justificação, das finalidades, sua origem, desaparição, a par de elencar os tipos históricos fundamentais de Estado, designadamente, o antigo Estado Oriental, o Estado Helênico, o Estado Romano, O Estado Medieval e o Estado Moderno, à luz de uma tábua cronológica dos fins do século XIX[129].

Território, população, poder do Estado, de onde decorreria a soberania, são os conceitos que Jellinek reputava preambulares para explicar a função, a estrutura e as formas de Estado; esses pontos limitam os campos explicativos de uma Teoria Geral do Estado que se estuda ao longo do século XX, quase que do mesmo modo[130]. Deve-se a Jellinek a *teoria dos três elementos do Estado*

---

[125] Ibidem, p. 32.
[126] Ibidem, p. 30.
[127] JELLINEK, Georg, op. cit., pp. 55-71.
[128] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 442.
[129] JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, op. cit., pp. 153-311.
[130] Entre os alemães que seguem essa tradição, conferir: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado,* São Paulo: Martins Fontes, 2005, Tradução de Luís Carlos Borges, a partir de uma edição em inglês. Verificar, especialmente pp. 364-380, relativa ao poder do Estado. A primeira edição desse estudo de Kelsen é de 1925. HELLER, Hermann. *Teoria del Estado,* México: Fondo de Cultura Economica, 1998. Tradução do alemão para o espanhol de Luís Tobío. Heller foi importante constitucionalista da República de Weimar, forçado a se exilar em 1933, ano de publicação da primeira edição desse livro. Conferir o primeiro capítulo, que enfatiza a Teoria do Estado como

(população, território e governo)[131], bem como a categorização dos direitos como positivos ou negativos, dependendo das prestações que se espera do Estado, teoria que foi elaborada na sua obra sobre os direitos públicos subjetivos, onde forjou a concepção de que o cidadão, nas suas relações com o Estado, encontra-se situado em quatro estados – *status* (daí a designação *Statuslehre*), quais sejam: um status *subjectionis*, no âmbito do qual o cidadão está sujeito ao *jus imperii* e não é titular de direitos subjetivos, mas sim, vinculado ao Estado mediante mandamentos e proibições; um *status negativus*, no qual se atribuem ao indivíduo direitos de caráter negativo – exigências de abstenção por parte do Estado e faculdades de agir ou não agir -, correspondentes as liberdades fundamentais e ao mesmo tempo um estatuto de limitação jurídica do *jus imperii*; um status *positivus*, que, grosso modo e para o contexto histórico mesmo avançado, assegurava ao indivíduo direitos subjetivos de uso das instituições estatais e exigir determinadas prestações positivas, bem como um status *activus*, assim designados pelo fato de corresponderem à existência de direitos de participação política[132].

Com isso Jellinek também legou ao direito constitucional o que se tem designado de uma concepção multifuncional dos direitos subjetivos e dos direitos fundamentais, ainda que estes não possam mais ser hoje reduzidos, em caráter exclusivo, a direitos subjetivos públicos[133]. Note-se, contudo, de que a despeito de ser aplicada aos direitos fundamentais e servir de base para muitas classificações (ou mesmo adotada na íntegra – pelo menos os três *status* correspondentes a direitos, eventualmente com algum diferencial em termos terminológicos), ao

---

Ciência Política (pp. 21-54). Na literatura da reconstrução do pós-guerra, DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado,* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo. Conferir apresentação de Ingo Wolfgang Sarler (pp. Xi-xxviii), especialmente a propósito do papel de Doehring na reconstrução alemã. Doehring foi aluno de Ernest Forsthoff, proeminente constitucionalista da República de Weimar. No Brasil, por todos, PINTO FERREIRA, Luís. *Teoria Geral do Estado,* São Paulo: Saraiva, 1975. É muito forte a influência dos autores juspublicistas alemães em Pinto Ferreira. Entre eles, Paul Laband (*Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*), Georg Jellinek (*Algemeine Staatslehre*).

[131] Cf. JELLINEK, Georg, op. cit., pp. 359 e ss.

[132] Cf. JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ª (da edição de 1905), Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, p. 83 e ss.

[133] Aqui v., entre outros, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*, 13ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 161 e ss.

tempo de Jellinek a sua teoria dos direitos subjetivos públicos não correspondia – pelo menos não de acordo com a concepção da CIA – a direitos fundamentais propriamente ditos.

A doutrina do direito público alemão, tal como construída durante a discussão quando da elaboração do texto e durante a vigência da CIA, também influenciou autores e juspublicistas brasileiros. Tobias Barreto, núcleo da chamada *Escola do Recife*, veiculou em escritos e em aulas absolutamente diferentes do que então se produzia no Brasil, autores como Theodor Mommsen e Rudolf von Jhering[134]. Francisco Campos, já no século XX, citava Paul Laband, que lia no original[135]. Luís Pinto Ferreira, também lendo no original, citava Laband e Jellinek [136]. Paul Laband e Georg Jellinek, especialmente, são autores que influenciam juspublicistas brasileiros, marcando um momento de nossa história cultural, no qual se verificou alguma rejeição para com a influência da doutrina francesa, em favor do pensamento alemão[137].

Que o ambiente jurídico-filosófico, como já adiantado, influenciou profundamente a concepção subjacente à CIA, o seu texto, sua leitura e aplicação, não carece seja mais enfatizada, mas poderá ser melhor visualizada na sequência, quando se lançará um olhar panorâmico sobre o processo de elaboração da Carta Imperial e os principais elementos de seu texto.

2.4 A elaboração, promulgação e as linhas gerais do texto constitucional de 1871

A CIA foi, em termos gerais, versão modificada da Constituição da

[134] Ilustrativo dessa afirmação é o então avançadíssimo estudo de Tobias Barreto sobre o direito autoral, com base na doutrina alemã, que estudou em autores como Jhering. Conferir, BARRETO, Tobias. *O que se deve entender por direito autoral.* In: BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito I,* Rio de Janeiro: J. E. Salomon e Sergipe: Editora Diário Oficial, 2012, pp. 278-288.

[135] A influência do pensamento alemão em Francisco Campos é verificada em livro de 1918, hoje uma raridade bibliográfica, no qual o pensador mineiro enfatizava a importância da Filosofia do Direito. Campos defendia que essa disciplina deveria ser lecionada no termo do curso, e não em seu início, como se fazia então. CAMPOS, Francisco. *Introdução Crítica à Filosofia do Direito*, Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, 1918.

[136] Entre outros, PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios do Direito Constitucional Moderno,* São Paulo: RT, 1971.

[137] Nesse tema particular, conferir, por todos, FREYRE, Gilberto. *Nós e a Europa Germânica,* Rio de Janeiro: Grifo Edições e Instituto Nacional do Livro, 1971.

Confederação da Alemanha do Norte, de 1867, redigida basicamente sob orientação de Bismarck, com o claro objetivo de facilitar a posterior adesão dos Estados do Sul, especialmente da Baviera[138]. Assim, a CIA, em certa medida, foi também um tratado assinado entre a Confederação da Alemanha do Norte e os quatro estados do sul. Em 1866, com o fim da guerra austro-prussiana, a dissolução da então existente Confederação Germânica resultou na Confederação da Alemanha do Norte, liderada pela Prússia, que conduziu o processo de unificação, paralelamente ao procedimento de construção de um texto constitucional.

A coroação de Guilherme I da Prússia como *Kaiser*, em cerimônia realizada em Versalhes, em 18 de janeiro de 1871, foi o auge desse processo político, arquitetado por meios diplomáticos, e estimulado por intenso sentimento nacionalista propagado pela Prússia. Como se verá, o modelo federativo então criado (*Deutschen Kaiser*) consistia numa presidência (*Das Bundespräsidium*) chefiado pelo rei da Prússia (*König von Preußen*), por uma Câmara Alta (*Der Bundesrat*), por um Primeiro-Ministro (*Der Reichskanzler*) e por uma Câmara eleita pelo sufrágio universal (*Der Reichstag*)[139].

A cláusula introdutória esclarecia a origem da Constituição, vinculando-a a Guilherme, por Graça de Deus, *Kaiser* da Alemanha, e Rei da Prússia[140], que o fazia em nome da Confederação Germânica, e no que era acompanhado pelos Reis da Baviera e de Württemberg e pelos Grão-duques do Baden, do Hesse e do Reino, que concluíam uma *federação perpétua*, com o objetivo de proteção territorial, bem como de proteção ao bem-estar do povo alemão. A então formada *federação* chamar-se-ia de *Império Alemão*[141].

---

[138] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 26.

[139] Por todos, em síntese absolutamente esclarecedora, ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgechichte- vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*, München: Verlag C. H. Beck, 2002, p. 122.

[140] *Bismarcksche Reichverfassung: "Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen etc. verordnen hiermit im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrathes und des Reichstages, was folgt (...)".*

[141] *Bismarcksche Reichverfassung: "Seine Majestät der König von Preußen im Namen des Norddeutschen Bundes, Seine Majestät der König von Bayern, Seine Majestät der König von Württemberg, Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Baden und Seine Königliche Hoheit der Großherzog von Hessen und bei Rhein für die südlich vom Main belegenen Theile des Großherzogthums Hessen, schließen einen ewigen Bund zum Schutze des Bundesgebietes und des*

O texto era *dado* pelo *Kaiser* e *consentido* pelos príncipes alemães. Nesse sentido, a Constituição do *Reich* nascia com uma ambiguidade que é uma de suas marcas principais, isto é, como conciliar uma aspiração de legitimidade democrática com o princípio que prevaleceu, de legitimidade monárquica[142]. A mencionada cláusula introdutória, no entender de Paul Laband, não era uma regra jurídica em sentido estrito; tratava-se, tão somente, de um ato declaratório, que consignava que o Império fora estabelecido por um ato de vontade livre dos soberanos alemães[143].

Na percepção dos criadores do império de 1871 a participação popular (assentada no *Reichstag*) seria - pelo menos para efeitos de aprovação da Constituição - absolutamente irrelevante[144]. Com efeito, houve mera concordância por parte dos parlamentares alemães, sem maiores ou mais significativas discussões de fundo. O texto apresentado ao *Reichtag* foi aprovado por ampla maioria, 230 votos contra 53[145], o que revela a força dos interesses na aprovação do texto. Ainda assim, o entendimento dominante da literatura especializada é no sentido de que não se tratava propriamente de uma constituição outorgada, mas sim, negociada, no âmbito do que também se designou de uma criação constitucional pactuada, de natureza contratual[146].

Ainda nesse contexto é de se sublinhar que o poder constituinte, de acordo com o que se depreende do Preâmbulo da CIA, não se encontrava nas mãos da Nação alemã e nem do Povo, mas sim, nos diversos Estados individualmente considerados e representados por suas lideranças, e que participaram do processo de unificação da Alemanha, reunidos, à época, na forma de uma Confederação à qual aderiram mais Estados. O Povo não era tido como sujeito do processo de criação do Estado e do Direito, mas sim como destinatário das ações

---

innerhalb desselben gültigen Rechtes, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des Deutschen Volkes. Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen und wird nachstehende Verfassung haben.".

[142] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 122,

[143] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 207.

[144] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 27.

[145] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 123.

[146] Cf. HUBER, Ernst Rudolf. Das Kaiserreich als Epoche verfassungstaatlicher Entwicklung. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hsgb). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 3ª ed, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 133-4.

de bem-estar estatais[147].

Quanto a seu substrato teórico-político-jurídico-constitucional, a CIA, proposta pela Prússia, fora encomendada por Bismarck junto a Maximilian Wolfgang Duncker (1811-1886), historiador e político conservador que havia participado do Parlamento de Frankfurt como deputado. Bismarck fez reservas ao texto, que julgou muito centralizador, o que - - intuiu - - dificultaria a aprovação dos estados do sul; Bismarck pretendia um texto mais flexível[148]. Em seguida, encomendou outro modelo a um amigo de Ferdinand Lassalle (1825-1864), Lothar Bucher (1817-1892). O novo texto foi discutido pelos membros do Conselho Prussiano e, uma vez acordado em seus termos principais, foi submetido às unidades federadas simpáticas a uma rápida unificação[149]. Uma vez ratificado pelos *Estados*, o texto foi submetido à aprovação do *Reichstag (Parlamento Imperial)*.

No *Reichstag* então convocado, se fizeram presentes pouquíssimos parlamentares que participaram da Assembleia de Frankfurt em 1848. Dentre eles, é de se dar destaque ao Presidente do Reichstag de 187, Eduard von Simson (1810-1899), que também presidiu o Parlamento de Frankfurt, em seus últimos dias. Von Simson deixou a presidência do *Reichstag* em 1874, quando passou a presidir a Suprema Corte de Justiça do Império Alemão – Tribunal Imperial (*Reichsgericht*) até 1891, ocasião em que se aposentou.

Dentre os 78 artigos da *Bismarcksche Reichverfassung* há disposições sobre território (1 artigo), competência legislativa (4 artigos), Câmara Alta (5 artigos), Presidência Federal – de incumbência do Imperador – (9 artigos), Câmara Baixa (13 artigos), aduanas e comércio (8 artigos), estradas de ferro (7 artigos), serviços postais (8 artigos), serviço consular (1 artigo), organização militar (12 artigos), finanças (5 artigos), proteção do Reich (2 artigos), conflitos federativos (2 artigos) e procedimento de emendas à Constituição (1 artigo).

No que diz com a forma de governo e sistema de governo, a CIA foi projetada como sendo uma *monarquia constitucional*, mas a ênfase deveria ser colocada no

---

[147] Cf. novamente HUBER, Ernst Rudolf, op. cit., p. 135.
[148] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 108.
[149] Ibidem, p.108.

substantivo, e não no adjetivo; o *Kaiser* controlava todos os pilares do Estado (à Prússia correspondia a maior parte do território), principalmente o exército, a burocracia e a diplomacia[150]. Deve-se relevar também o papel do Primeiro-Ministro, com direitos e deveres inerentes, que assumiu uma posição de cimeira importância no esquema de poder imperial, reunindo, num só órgão e pessoa, uma dúplice função e os correspondentes poderes e atribuições: cuidava-se do órgão mediante o qual o *Kaiser* exerceu seus direitos de membro do Império, do qual foi seu funcionário supremo.

O texto contempla inúmeros exemplos de dominação do Estado central sobre os Estados componentes da associação; uma boa parte dos artigos da *Bismarcksche Reichverfassung* é composta de disposições que continham efeitos diretos sobre as unidades federadas[151]. No modelo federativo que se criava, Bismarck pretendia que a soberania ficasse com o Estado Federal e que as unidades federadas gozassem de ampla autonomia[152]. Esse é o modelo que prevalecerá, e que com algumas variações de pormenor é comum à história constitucional alemã. De acordo com um teórico do federalismo:

> Com o objetivo de se alcançar um sistema quase-unitário de administração e de serviços públicos, os poderes legislativos foram concentrados no centro. Como uma compensação pela perda de autonomia legislativa, os governos dos Länder além de obterem o direito de colaboração na determinação da legislação nacional por meio de uma segunda câmara legislativa, receberam a responsabilidade para implementar e administrar a maior parte das leis e políticas apontadas pelo centro[153].

---

[150] Cf. WEHLER, Hans-Ulrich. *The German Empire- 1871-1918,* Oxford and New York: Berg, 1997, p. 54. Tradução do alemão para o inglês de Kim Traynor.
[151] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 134.
[152] Cf. KOCH, H. W., op. cit., loc. cit.
[153] HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. *Comparative Federalism- a Systematic Inquiry,* Toronto: Broadview Press, 2005, p. 161, tradução livre nossa. No original: *"In order to bring about a quase-unitary system of public services and administration, legislative powers were concentrated at the centre. As a compensation for this loss of autonomous legislative powers, the Länder governments not only gained a right to codetermine national legislation through their membership in the second legislative chambre, they were also assinged reponsability for implementing and administering most of those laws and policies".*

Convém destacar, nessa quadra, para se compreender a razão da opção pela forma federativa de organização do Estado, que antes mesmo da unificação alemã e mesmo antes da revolução de 1848, já se havia concebido e implantado, sob a liderança prussiana, uma *Confederação de Estados*, cuja orientação era a expressão da vontade comum de seus membros, ainda que uma vontade minoritária devesse ceder para a vontade majoritária[154]. Tratava-se de um *Estado Composto*, cuja lógica e caráter essencial decorriam do ajuste de um certo número de *Estados* submetidos à um poder estatal superior[155].

Note-se, nesse contexto, que o conceito e preferência por um *Estado Composto* já ocorrera na tradição política alemã, ainda no início e nos meados da Idade Moderna, no contexto dos escritos de Johannes Althusius (1563-1638)[156] e de Samuel Puffendorf (1632-1694)[157].

Para Althusius a política seria, na essência, uma *arte de associar pessoas* (*consociandi*), no sentido de que agregações fossem criadas, cultivadas e conservadas[158], inclusive em níveis mais complexos, a exemplo de associações entre unidades políticas. Althusius, que também era um teólogo da então nascente tradição calvinista, condenava a reclusão e o isolamento (pessoal e político) com modelos tirados da Bíblia[159], enfatizando que a sociedade civil existe pela própria natureza, e que justamente essa natureza aponta para a construção política de mecanismos de associação[160], entre os quais, apontamos, as formas federativas.

Puffendorf, por sua vez, já havia defendido que os monarcas viveriam com muito mais segurança em Estados politicamente mais complexos, formados por vários pequenos estados, de modo federativo. Argumentou que os cidadãos dos vários estados se comunicariam mais dificuldade, e com mais dificuldade se uniriam contra o monarca comum. Por isso, acentuou o filósofo jusnaturalista alemão, haveria mais controle político nos estados complexos do que nos estados

---

[154] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 101.
[155] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 105.
[156] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), pp. 31-33.
[157] Do ponto de vista da síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (dir.), pp. 520-522.
[158] Cf. ALTHUSIUS, Johannes. *Politics as the Art of Associating*. In: KARMIS, Dimitrios; NORMAN, Wayne. *Theories of Federalism- a Reader,* New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 27.
[159] É o caso de Lucas 1: 18 e 10: 41, Hebreus 11: 38 e Reis 19: 8. Cf. ALTHUSIUS, Johannes, op. cit., p. 32.
[160] Cf. ALTHUSIUS, Johannes, op. cit., p. 33.

singulares, a exemplo das cidades livres, focos recorrentes de oposição de sedição[161].

Assim, o que se deu na Alemanha (considerando aqui o conjunto dos estados alemães – com exclusão em especial da Áustria após a solução pela assim chamada pequena Alemanha de 1848-49), foi uma evolução de uma Confederação de Estados para uma Federação, modelo que seria adotado também pela Constituição Imperial de Weimar (1919) e pela Lei Fundamental (1949).

No que toca aos seus traços gerais, a configuração em si da Federação na CIA merece um rápido olhar, porquanto se tratava de elemento central e estruturante do Império e dadas as peculiaridades do modelo em relação a outros, inclusive em relação à matriz norte-americana.

Dispôs-se que no território federal[162] o *Reich*, isto é, o Governo Central, exerceria capacidade legislativa, nos termos da Constituição, sendo que essas leis prevaleceriam, em caso de conflito, em face das leis estaduais[163]. De tal modo, observou Paul Laband, a promulgação de uma lei federal não seria simplesmente uma ordem dada às unidades federadas, consistiria também em uma regra de direito com validade absoluta no *Reich,* obrigando que as unidades federadas aplicassem a lei federal em seus respectivos territórios[164]. Por isso, a legislação aplicável nos estados particulares se alterava todas as vezes nas quais se modificasse a legislação central, o que denotava um ambiente de variação perpétua das regras jurídicas federadas, obrigadas pelas regras centrais[165].

Definia-se amplo conjunto de matérias de competência legislativa do poder central, que sobre esses temas também exerceria um juízo de superintendência. O conjunto de direitos básicos, a par de relegado conceitualmente para as constituições estaduais, seria matéria de legislação ordinária, designadamente, as regras sobre livre movimentação, domicílio, cidadania, passaporte, controle de

---

[161] Cf. PUFFENDORF, Samuel. *Regular States vs. Systems of States.* In: KARMIS, Dimitrios; NORMAN, Wayne, op. cit., p. 50.

[162] O direito sobre o território consistia no poder soberano, legítimo e ilimitado do *Reich* de utilizá-lo para fins de interesse público. Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 291.

[163] Bismarcksche Reichverfassung: Art. 2. *Innerhalb dieses Bundesgebietes übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.*

[164] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 136.

[165] Ibidem, p. 183.

estrangeiros, entre outros[166]. Alfândegas e legislação de comércio, bem como tributos, de igual modo, eram assuntos do poder central[167].

Ao poder central se fixava a competência para tratar de várias matérias que consolidariam o processo de unificação, nomeadamente, entre outros: sistema de moedas, pesos e medidas, bem como a indicação de princípios para a circulação de papel moeda, com ou sem garantia[168]; regulamentação do sistema bancário[169]; outorga de patentes de invenções[170], proteção da propriedade intelectual[171]; assuntos afetos ao exército e a marinha de guerra[172]; medidas de políticas de medicina e de veterinária[173]; regulamentação da imprensa, clubes e associações[174]. Aplicou-se o conceito de *soberania monetária,* reconhecendo-se que a regulamentação do sistema consistia em legítimo direito de soberania[175]

A presidência da federação era responsabilidade do Rei da Prússia, o qual era intitulado de Imperador da Alemanha[176]. Paul Laband equiparava essa prerrogativa às obrigações que um presidente de uma corporação de direito privado teria para com a empresa que dirige; o poder executivo consistiria, exatamente, no poder/obrigação de direção dos negócios governamentais, buscando a prosperidade do ente dirigido[177]. O *Kaiser* detinha o direito de convocar, abrir, prorrogar e fechar tanto a Câmara Alta (denominada de Conselho

---

[166] *Bismarcksche Reichverfassung:* "Artigo 4 – "*(...) 1. die Bestimmungen über Freizügigkeit, Heimaths- und Niederlassungs-Verhältnisse, Staatsbürgerrecht, Paßwesen und Fremdenpolizei (...)".*

[167] *Bismarcksche Reichverfassung:* "Artigo 4 – "*(...) 2. die Zoll- und Handelsgesetzgebung und die für die Zwecke des Reichs zu verwendenden Steuern"".*

[168] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 – "*(...) 3. die Ordnung des Maaß-, Münz- und Gewichtssystems, nebst Feststellung der Grundsätze über die Emission von fundirtem und unfundirtem Papiergelde".*

[169] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - "*(...) - 4. die allgemeinen Bestimmungen über das Bankwesen".*

[170] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - " (...) *5. die Erfindungspatente".*

[171] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - "(...) *6. der Schutz des geistigen Eigenthums".*

[172] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - "(...) *14. das Militairwesen des Reichs und die Kriegsmarine".*

[173] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - "(...) *15. Maßregeln der Medizinal- und Veterinairpolizei".*

[174] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 4 - "(...) *16. die Bestimmungen über die Presse und das Vereinswesen".*

[175] Cf. LABAND, Paul, vol. 5, op. cit. p. 255.

[176] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 11 – "*Das Präsidium des Bundes steht dem Könige von Preußen zu, welcher den Namen Deutscher Kaiser führt".*

[177] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op.cit. p. 348.

Federal, *Bundesrat*) quanto a Câmara Baixa (o *Reichtag*)[178].

O Conselho Federal era formado por representantes dos membros da Federação, com um total de 58 votos, sendo que 17 eram da Prússia, 6 da Bavária e os restantes das demais unidades federadas; Hamburgo, Bremen e Lübeck, por exemplo, contavam com apenas um voto. Não havia, assim, uma igualdade de representação entre os vários estados[179]. Laband considerava o *Bundesrat* como a mais característica instituição do Império Alemão. Escreveu que o modelo era recorrentemente atacado justamente porque não se conciliava com uma teoria tradicional do estado federativo, e nem com um *clichê* de monarquia constitucional. Entendia, no entanto, que o Conselho Federal era um arranjo institucional audacioso, a invenção mais engenhosa do talento político de Bismarck[180].

No Conselho haveria comitês permanentes, composto por seus próprios membros, que tratariam de assuntos do exército, fortificações, negócios marítimos, direitos aduaneiros, tributos, comércio, comunicação, estradas de ferro, correio, telégrafos, assuntos da justiça e finanças[181]. Os comitês não detinham competência para decidir sobre as matérias que tratavam; os comitês preparavam relatórios que eram encaminhados à Sessão Plenária do Conselho Federal[182], e com esse encaminhamento esgotava a competência que a Constituição lhe atribuía.

A Câmara Baixa, o *Reichstag,* com seus 400 deputados eleitos pelo voto

---

[178] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 12 – "*Dem Kaiser steht es zu, den Bundesrath und den Reichstag zu berufen zu eröffnen, zu vertagen und zu schließen".*

[179] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 6 – " *Der Bundesrath besteht aus den Vertretern der Mitglieder des Bundes, unter welchen die Stimmführung sich in der Weise vertheilt, daß Preußen mit den ehemaligen Stimmen von Hannover, Kurhessen, Holstein, Nassau und Frankfurt 17 Stimmen führt, Bayern 6, Sachsen 4, Württemberg 4, Baden 3, Hessen 3, Mecklenburg-Schwerin 2, Sachsen-Weimar 1, Mecklenburg-Strelitz 1, Oldenburg 1, Braunschweig 2, Sachsen-Meiningen 1, Sachsen-Altenburg 1, Sachsen-Koburg-Gotha 1, Anhalt 1, Schwarzburg-Rudolstadt 1, Schwarzburg-Sondershausen 1, Waldeck 1, Reuß älterer Linie 1, Reuß jüngerer Linie 1, Schaumburg-Lippe 1, Lippe 1, Lübeck 1, Bremen 1, Hamburg 1, zusammen 58 Stimmen".*

[180] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 352.

[181] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 8 – "*Der Bundesrath bildet aus seiner Mitte dauernde Ausschüsse: 1. für das Landheer und die Festungen; 2. für das Seewesen; 3. für Zoll- und Steuerwesen; 4. für Handel und Verkehr; 5. für Eisenbahnen, Post und Telegraphen; 6. für Justizwesen; 7. für Rechnungswesen".*

[182] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 425.

direto e secreto[183], não extensivo às mulheres, era considerado como um quarto poder, abaixo do *Kaiser,* do Conselho Federal e do Chanceler (1º Ministro)[184]. Tratava-se de uma instituição nova, que atendia a uma ideia estudada cientificamente por muito tempo no direito público, cuja objetivo era atender a uma demanda de representação nacional[185]. O Parlamento, no entanto, não se reunia, se não fosse convocado pelo Imperador[186]. O *Reichtag* representou importante papel na construção da identidade alemã, na medida em que substancializou legislativamente a unificação nacional, confeccionando o Código Penal, o Código Comercial e o Código Civil.

Os parlamentares não eram remunerados[187]. Atendia-se à vontade Bismarck, que pretendia evitar o político profissional. Pode-se cogitar de fortíssima justificativa na tradição ocidental, refratária (pelo menos teoricamente) ao pagamento de legisladores, como se confere em texto fundante de Platão[188]. A regra foi aplicada até 1906, quando a Constituição foi alterada, permitindo-se a remuneração de parlamentares. Todavia, os deputados que não tinham recursos eram pagos pelos partidos que representavam, o que anulava o comando da regra[189]. Paul Laband entendia que o exercício do mandato parlamentar se tratava de ocupação honorífica, que se atendia mediante sacrifícios e entregas, desde a posse no mandato; por outro lado, classificou a norma constitucional que vedava pagamento a parlamentares como norma imperfeita, na medida em que não dispunha de qualquer forma de sanção[190].

A Constituição Alemã de 1871 versava de inúmeras matérias que não eram substancialmente constitucionais. Estradas de ferro que fossem consideradas necessárias para a defesa da Alemanha ou para o bem do transporte comum poderiam ser construídas pelo poder central. Este também poderia autorizar que

---

[183] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 20 – "*Der Reichstag geht aus allgemeinen und direkten Wahlen mit geheimer Abstimmung hervor*".
[184] Cf. WEHLER, Hans-Ulrich, op. cit., p. 53.
[185] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 437.
[186] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 510.
[187] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 32 - "*Art. 32 "Die Mitglieder des Reichstages dürfen als solche keine Besoldung oder Entschädigung beziehen*".
[188] PLATÃO. *A República,* 347, b. In: PLATÃO. *A República,* Lisboa: Calouste Gulbenkian, s.d., p. 38. Tradução do grego para o português de Maria Helena da Rocha Pereira.
[189] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., p. 34.
[190] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op.cit. p. 537.

pessoas privadas o fizessem, por meio de lei, ainda que houvesse oposição dos Estados em cujos territórios as estradas de ferro passariam[191]. Segundo o comentador da Constituição de 1871, as necessidades técnicas de exploração das estradas de ferro exigiam uniformidade na construção das vias, no uso de materiais, na fixação de horários, justificando-se a constitucionalização do assunto[192].

Os serviços de correios e de telégrafos foram unificados, administrados pelo poder central, com organismos uniformizados para as relações interestaduais[193]. Segundo Laband, o poder central além de reservar competência para legislar sobre correio e telégrafos, bem como para supervisioná-los, retirou das unidades federadas a própria disponibilização e realização do serviço[194].

Dispôs-se que a marinha mercante de todos os estados federados formaria uma marinha comercial unificada[195], que navegaria com uma bandeira com as cores preta, branca e vermelha, que também seria utilizada pela marinha de guerra[196].

O exército foi unificado, ficando sob o comando do *Kaiser* nos tempos de guerra e de paz[197]. Nesse quadro, determinou-se que as tropas alemãs estavam obrigadas a obedecer incondicionalmente às ordens do *Kaiser*, obrigação que era especificada no momento de juramento da bandeira[198].

---

[191] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 41 – "*Eisenbahnen, welche im Interesse der Vertheidigung Deutschlands oder im Interesse des gemeinsamen Verkehrs für nothwendig erachtet werden, können kraft eines Reichsgesetzes auch gegen den Widerspruch der Bundesglieder, deren Gebiet die Eisenbahnen durchschneiden, unbeschadet der Landeshoheitsrechte, für Rechnung des Reichs angelegt oder an Privatunternehmer zur Ausführung konzessionirt und mit dem Expropriationsrechte ausgestattet warden".*

[192] Cf. LABAND, Paul, vol. 5, op. cit. p. 166.

[193] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 48 – "*Das Postwesen und das Telegraphenwesen werden für das gesammte Gebiet des Deutschen Reichs als einheitliche Staatsverkehrs-Anstalten eingerichtet und verwaltet".*

[194] Cf. LABAND, Paul, vol. 5, op. cit. p. 65.

[195] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 54 – "*Die Kauffahrteischiffe aller Bundesstaaten bilden eine einheitliche Handelsmarine".*

[196] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 55 – "*Die Flagge der Kriegs- und Handelsmarine ist schwarz-weiß-roth".*

[197] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 63 – "*Die gesammte Landmacht des Reichs wird ein einheitliches Heer bilden, welches in Krieg und Frieden unter dem Befehle des Kaisers steht".*

[198] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 64 – "*Alle Deutsche Truppen sind verpflichtet, den Befehlen des Kaisers unbedingte Folge zu leisten. Diese Verpflichtung ist in den Fahneneid aufzunehmen".*

O processo de alteração da Constituição poderia ser feito mediante legislação ordinária; no entanto, submetida ao Conselho Federal, a alteração era considerada rejeitada se houvesse 14 votos contrários[199]. Várias emendas foram aprovadas em outubro de 1918, ao fim da 1ª Guerra Mundial, resultando no que se denominou de *Constituição de Outubro* (*Oktoberverfassung*). Atingiu-se especialmente a autoridade do Chanceler (*Reichkanzler*), que era indicado pelo Imperador, somente a quem prestava contas de seus atos. Reformou-se a modelo de responsabilização, pelo que o Primeiro-Ministro passou a responder diretamente para o *Reichtag* também.

Enfrentou-se o problema da definição da nacionalidade alemã com a construção constitucional de uma nacionalidade comum, respeitada em todo o território do *Reich*. Todo cidadão (ou súdito) seria tratado, em toda a Alemanha, como nativo do estado no qual estivesse, e onde poderia residir, comerciar, exercer cargo público, adquirir propriedade, gozar de direitos de cidadania, bem como de outros direitos civis, tanto quanto os originários do local. Todos os alemães seriam tratados com igualdade, no que se refere à proteção e aplicação das leis[200].

Tópico de elevada relevância – inclusive pelo seu atrelamento e importância para o modelo federativo instituído pela CIA - dizia respeito à noção jurídica de nacionalidade do Império (*Reichsangehoerigkeit*), atrelada à premissa de que a tal prerrogativa não era uma qualidade que subsistia por si mesma, porém, resultava da dupla condição de se ver ligado à unidade federada e ao estado central; a sujeição ao poder central era indireta, radicando no liame com o estado de origem, que era intermediário[201]. Predicava-se um dever de fidelidade, de importância jurídica por sua feição negativa, no sentido de que consistia em

---

[199] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 78 – "*Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung. Sie gelten als abgelehnt, wenn sie im Bundesrathe 14 Stimmen gegen sich haben*".

[200] *Bismarcksche Reichverfassung:* Artigo 3 – "*Für ganz Deutschland besteht ein gemeinsames Indigenat mit der Wirkung, daß der Angehörige (Unterthan, Staatsbürger) eines jeden Bundesstaates in jedem anderen Bundesstaate als Inländer zu behandeln und demgemäß zum festen Wohnsitz, zum Gewerbebetriebe, zu öffentlichen Ämtern, zur Erwerbung von Grundstücken, zur Erlangung des Staatsbürgerrechtes und zum Genusse aller sonstigen bürgerlichen Rechte unter denselben Voraussetzungen wie der Einheimische zuzulassen, auch in Betreff der Rechtsverfolgung und des Rechtsschutzes demselben gleich zu behandeln ist.*".

[201] Cf. LABAND, Paul, vol. 1, op. cit. p. 218.

dever jurídico de se abster de prejudicar ao Estado que conferia a nacionalidade[202].

Além disso, não há como deixar de mencionar uma outra particularidade da CIA, que não contemplava um catálogo de direitos básicos (constitucionais-fundamentais), como havia sido o caso da Constituição da Igreja de São Paulo, catálogo, aliás, moderno e influente e que havia sido aprovado pela Assembleia de Frankfurt mesmo antes da própria Constituição e depois seguiu, pelo menos algum tempo, em vigor para além do restante do texto constitucional.

Igualmente elemento central do peculiar e modelo federativo, os redatores da CIA partiram da premissa de que os direitos básicos deveriam servir tão somente para a proteção dos cidadãos em face da intervenção da autoridade do Estado, sendo que a competência para o controle de tais intervenções na esfera da liberdade pessoal por parte do poder público deveria ser da responsabilidade dos estados federados. A incorporação de direitos básicos (fundamentais) na CIA poderia, segundo a concepção que prevaleceu, significar uma ameaça do poder central em relação à autonomia das unidades federadas[203].

Vários estados federados, no entanto, contavam com constituições próprias nas quais, com alguma variável de pormenor, reconheciam-se direitos aos cidadãos, ainda que não se tratasse de direitos fundamentais no sentido atual do termo. Era o caso, entre outras, da Constituição da Prússia, resultando numa situação no mínimo curiosa, porquanto a Prússia, protagonista do processo de unificação da Alemanha e que, ademais disso, praticamente definiu as linhas mestras da CIA de 1871, contemplava um catálogo constitucional de direitos na condição de estado da nova Federação, mas se opôs à incorporação de tais direitos ao novo texto constitucional da Federação.

Deve-se registrar além disso a resistência dos conservadores alemães vitoriosos em 1871, a exemplo de Hermann Wagner (1815-1889), membro do partido prussiano, editor do jornal conservador *"Kreuzzeitung"*, para quem, ao invés de abundância de direitos, a Constituição deveria dispor sobre sistema ferroviário, telecomunicações, transporte barato de carvão, a par de soluções

[202] Ibidem, pp. 226-227.

[203] Cf. HUCKO, Elmar M.. *The Democratic Tradition- Four German Constitutions*, Oxford, New York and Munich: Berg, 1987, p. 36.

práticas para calamidades. Para Wagner, que aqui se cita como exemplo do conservadorismo prevalente no processo político alemão da época, em favor de fatos concretos e de realidades que contavam mais objetivamente, era natural que se mantivesse distância da teoria e de frases meramente retóricas e prenhes de vazio[204].

Mas também é de se registrar que, embora derrotados, um grupo de progressistas insistia em uma declaração de direitos, similar ao catálogo de direitos fundamentais da Constituição de 1848. O grupo era liderado por Hermann Schulze (1808-1883), que havia sido membro do Parlamento de Frankfurt. Também os católicos demandavam um reconhecimento do livre exercício da liberdade religiosa, com o que Bismarck não concordava, inamovível na tese de que as declarações de direitos deveriam ser assuntos tratados pelas várias constituições das unidades federadas[205].

2.5 Considerações finais

Em apertada síntese, é possível "começar a concluir" com a afirmação de que a CIA de 1871 não significou, por completo – a despeito de ter sido aprovada pelo Parlamento Imperial (*Reichstag*) praticamente sem maior discussão a partir do documento elaborado a pedido de Bismarck e chancelado pelo Conselho de Estado – uma ruptura com a evolução constitucional anterior, porquanto correspondia ao ideal predominante no seio da comunidade alemã de Estados, da unificação, mais diretamente resultante da Confederação dos Estados da Alemanha do Norte, liderada pela Prússia.

A Prússia, por sua vez, não apenas liderou o processo de unificação alemã em si, que se tornou efetivo em 1871, mas também foi a força-motriz e da e para a ordem constitucional do Segundo Império que ali se estabelecia. Mas o tempo de vigência – em termos formais – da CIA, foi também o período no qual a Prússia manteve o seu papel de liderança e força maior da Federação, tendo o poder central sido exercido por dois imperadores (Guilherme I e II) oriundos da realeza

[204] Cf. HUCKO, Elmar M., op. cit., loc. cit.
[205] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 112.

prussiana. Com o advento da República e da respectiva Constituição de Weimar, em 1919, a Prússia deixou de existir como Estado autônomo. De fato, contudo, foi apenas em 1947 que a extinção se deu em caráter definitivo e oficial, passou para o domínio soviético, integrando-se ao bloco geopolítico oriental.

Nesse contexto, calha recordar que as elites prussianas, marcadas por forte espírito militar de disciplina e conservadorismo (ademais de, em sua grande maioria, frontalmente contrárias ao socialismo), foram importantes colaboradoras e em parte protagonistas da construção e sedimentação do regime nazista.

O grande Segundo Império – que, do ponto de vista territorial e não considerando as anexações da Áustria e da região dos Sudetos da então Tchecoslováquia – ocupou a posição, ao lado da Rússia, da França e da Inglaterra, de maior potência europeia, não durou mais do que 47 anos, transcorridos entre a Promulgação da Constituição de 1871 e a abdicação e exílio do Kaiser Guilherme II e a instalação da República de Weimar, em 1919.

Consistiu, enfim, em um estado constitucional nacional representado por uma federação pouco rígida de estados quase independentes, dominados pelo estado militar prussiano, o que fazia dessa independência apenas uma aparência. Resultado de uma série de compromissos incômodos, o Império Alemão dissolveu-se nos conflitos entre partidos que representavam monarquistas, democratas, aristocratas e a burguesia, a par, naturalmente, de grupos representativos da classe proletária[206], tombando, definitivamente, com a derrota na I Guerra Mundial.

A *Bimarckshe Reichverfassung,* como a expressão já indica, foi documento político que traduziu os ideais do chanceler de ferro, concebendo uma Alemanha sob o prisma da liderança prussiana. Trata-se de uma constituição que não dispunha sobre direitos fundamentais, forte na premissa de que estes deveriam ser matéria das constituições estaduais e da legislação infraconstitucional. A obsessão com o desenvolvimento do capitalismo e da indústria podem explicar a inserção constitucional de assuntos como estradas de ferro, correios e telégrafos.

[206] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 161.

Constata-se ainda o triunfo da experiência cultural da escola historicista, versão jusfilosófica do pangermanismo. Os avanços da civilização alemão, nos planos econômico e cultural, especialmente logo após a aprovação da Constituição, incentivaram a aproximação com a cultura alemã, a exemplo da obra de Tobias Barreto, no Brasil. Da mesma forma, Paul Laband, o comentador e justificador da *Bimarckshe Reichverfassung* tornou-se figura proeminente do constitucionalismo, estudado e citado por vários autores brasileiros, a exemplo de Francisco Campos e de Pinto Ferreira, inclusive influenciando o seu pensamento e, pela pena do primeiro, o próprio direito constitucional positivo e arquitetura do poder, já no período do Governo Provisório instalado com a Revolução de 1930, mas em especial durante o Estado Novo de 1937.

CAPÍTULO 3

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE WEIMAR (*DIE WEIMARER REICHSVERFASSUNG*)

3.1 Introdução. 3.2 O contexto histórico, social, econômico e político e o processo de elaboração e promulgação da CW. 3.3 O instigante, paradigmático e criativo ambiente cultural da República de Weimar. 3.4 Os constitucionalistas da República de Weimar. 3.5 O conteúdo do texto constitucional. 3.5.1 Notas preliminares. 3.5.2 Os princípios estruturantes: República, Democracia, Estado Social e Federação. 3.5.3 Da organização dos poderes. 3.5.4 Dos Direitos e Deveres Fundamentais. 3.5.4.1 Considerações introdutórias. 3.5.4.2 Direitos civis e políticos 3.5.4.3 Dos direitos sociais, econômicos e culturais (da ordem econômica e social). 3.5.4.4 Dos deveres fundamentais. 3.5.4.5 Notas sobre o problema da eficácia e efetividade dos direitos e deveres fundamentais. 3.6 A derrocada da República e da Constituição de Weimar. 3.7 Considerações finais: apreciação geral e legado da CW

3.1 Introdução

A Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919, discutida e aprovada em Weimar, na Turíngia, de onde sua identificação tradicional - *Die Weimarer Reichsverfassung* - ou, formalmente, *Die Verfassung des Deutschen Reichs* (a Constituição do Império Alemão – doravante Constituição de Weimar - CW), é recorrentemente lembrada por inovadora agenda de direitos fundamentais, especialmente em matéria social. Nesse sentido, entre outros, é apontada como fonte e referência para a Constituição Brasileira de 16 de julho de 1934[1]. Em especial, a CW simboliza a construção de arranjos institucionais que qualificavam um *Estado Social de Direito*[2], sendo essa a sua característica mais emblemática.

Os aspectos sociais da CW foram difundidos no Brasil, em especial em virtude da recepção de um livro de escritor russo conhecido, na década de 1930, Mirkine-Guetzévicth, então Secretário-Geral do Instituto Internacional de Direito Público em Paris. Os membros da Comissão do Itamaraty[3] e da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-34[4] conheciam essa obra, pela qual foram influenciados. Tratava-se de livro que explorava as tendências do Direito Constitucional no contexto de defesa de Estados intervencionistas[5]. Há também notícia de uma tradução anotada da Constituição de Weimar para o Português, em

---

[1] É o que se colhe em SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: RT, 1976, vol. 1, p. 44: *"Ao lado da clássica declaração dos direitos e garantias individuais, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar"*. O professor da Universidade de São Paulo, nessa passagem, tratava da Constituição de 1934.

[2] Cf. BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 325.

[3] A Comissão foi criada sob a presidência do Ministro da Justiça, Francisco Antunes Maciel Júnior, que delegou a uma Subcomissão, chefiada por Afrânio de Mello Franco, a condução dos trabalhos. O grupo se reuniu no Palácio do Itamaraty, onde funcionava o Ministério das Relações Exteriores, o que explica a denominação que recebeu, "Comissão do Itamaraty". A regulamentação dos trabalhos da Comissão fez-se pelo Decreto nº 22.040, de 1º de novembro de 1932, também baixado por Getúlio Vargas, que sublinhava a necessidade de apressar, tanto quanto possível, a elaboração do anteprojeto. Presidida pelo político mineiro Afrânio de Mello Franco, a Comissão contava com importantes expressões da vida política e jurídica da década de 1930, a exemplo de Agenor de Roure, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, Artur Ribeiro de Oliveira, Carlos Maximiliano, José Castro Nunes, Gois Monteiro, João Mangabeira, José Américo de Almeida, Oliveira Vianna, Oswaldo Aranha, Prudente de Moraes Filho, Francisco Solano Carneiro da Cunha e Temístocles Cavalcanti.

[4] Para os trabalhos e discussões dessa Assembleia, entre outros, CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1936.

[5] GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. Tradução de Cândido Motta Filho.

meados da década de 1920[6]. Assim, “*do ponto de vista formal, inspiraram-se os estadistas de então* [Assembleia Nacional Constituinte Brasileira de 1933-34] *na Constituição de Weimar, de 1919 (...)*”[7]*.* Os constituintes brasileiros de 1933-34 e os membros da Comissão do Itamaraty conheciam seu conteúdo, como já observado.

No entanto, há outros aspectos da Constituição de Weimar que sugerem reflexão mais alongada, mais crítica e menos apologética. O catálogo dos direitos fundamentais da Constituição de Weimar suscitaria certa reprodução – em especial no tocante aos direitos de liberdade - do modelo da Constituição Alemã de 1848 (*Paulskirchen Verfassung*), discutida e aprovada na Assembleia de Frankfurt; essa Constituição, no entanto, como já visto no primeiro capítulo desta obra, não teve vigência efetiva, embora os direitos fundamentais nela consagrados, aprovado em documento apartado e mesmo antes das eleições para a Assembleia Nacional, tenha seguido em vigor algum tempo após o fracasso da CISP. A CW, por sua vez, instituiu uma república democrática que, ao fim e ao cabo, não conseguiu satisfatoriamente enfrentar os problemas políticos e econômicos decorrentes da derrota alemã na primeira guerra mundial.

A polarização ideológica foi uma das características daquele momento histórico, dividido entre comunistas e radicais de direita, situação também vivida no Brasil ao longo da década de 1930. Esse conflito foi explorado por um nacionalismo também radical, promovido, ao extremo, num contexto e tendo como motivação uma hiperinflação, o massivo desemprego e pelo desapego ainda dominante na sociedade alemã, a valores substancialmente democráticos.

Grandes e importantíssimos nomes da reminiscência jurídica alemã participaram das discussões referentes à Constituição de Weimar, opinando, redigindo, comentando e publicando, o que sustentou um momento absolutamente fértil na cultura jurídica alemã. Entre esses nomes, Max Weber,

---

[6] GARCIA, Aprígio C. de Amorim. *A Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919- Tradução e Notas,* Rio de Janeiro: sem referência à editora, 1924. Na década de 1970 há a tradução de Vamireh Chacon, in *Documentação e Atualidade Política* nº 7, abril-junho de 1979, pp. 42-58, edição conjunta Universidade de Brasília-Senado Federal.

[7] POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras- volume III- 1934,* Brasília: Senado Federal, 2012, p. 13.

Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hugo Preuss, Gerhard Anschütz, Richard Thoma, Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Rudolf Smend, Ernst Forsthoff e Hermann Heller, pensadores que exerceram influência na construção da doutrina do direito público no Brasil, como se verá mais adiante.

A Constituição de 1919 representou o marco normativo central da República de Weimar, arranjo institucional que os alemães conheceram de 1919 a 1933, porquanto com instauração do regime ditatorial nacional-socialista, tendo à frente o há pouco nomeado Chanceler do Reich, Adolf Hitler, as instituições republicanas e democráticas foram de fato suprimidas, ainda que o texto constitucional em si tenha seguido em vigor até a queda do regime.

Nesse contexto, o presente ensaio tem por finalidade explorar o contexto histórico, social, econômico, político, cultural e jurídico-dogmático-normativo da CW, apresentando em linhas gerais o seu conteúdo, com destaque para os direitos e deveres fundamentais e os direitos sociais. Além disso, busca-se examinar se e até que ponto a CW possibilitou – ao menos em boa medida – a tomada de poder pelo nacional-socialismo e a sua revogação fática, pelo menos naquilo em que conflitava com a ideologia e o projeto totalitário nazista. Ademais disso, pretende-se lançar um olhar sobre a influência da CW sobre a evolução constitucional brasileira.

3.2 O contexto histórico, social, econômico e político e o processo de elaboração e promulgação da CW

A CW foi elaborada e promulgada – embora a eleição e a instalação da Assembleia Nacional tenham ocorrido meses antes - já à sombra (o termo é utilizado de modo proposital) do Tratado de Versalhes[8], imposto à Alemanha[9], dando fim – já, contudo, transcorrido algum tempo do armistício e desmobilização - à primeira Grande Guerra Mundial, provocando, porém, reações que conduziram à segunda guerra, vinte anos depois, bem como ao florescimento do nazismo, a

---

[8] Cf. SHIRER, William L.. *The Rise and Fall of the Third Reich,* Greenwich: Fawcett Crest Book, 1960, pp. 89 e ss.
[9] Nesse sentido, HOBSBAWN, Eric. *Age of Extremes- The Short Twentieth Century- 1914-1991,* London: Abacus, 2000, pp. 31 e ss.

partir do início da década de 1920[10]. A Alemanha, com a derrota na Grande Guerra perdeu várias partes de seu território imperial, a exemplo da Alsácia-Lorena, da região de Dantzig, de regiões da Prússia Oriental e da Silésia Superior. Perdeu o controle sobre seus domínios na África. A Alemanha foi proibida de contar com efetivo militar superior a 100 mil soldados, bem como não poderia possuir aviões militares, submarinos e tanques de guerra. Deveria entregar 90% de sua marinha mercante e 10% de seu gado. Anualmente, seria responsável pela entrega de 40 milhões de toneladas de carvão[11].

À Alemanha foi imputada toda a culpa pela Guerra, circunstância então denominada de "*Alleinschuld*", a "*culpa exclusiva*", tal como dispunha o art. 231 do Tratado de Versalhes, que impôs o pagamento de pesada indenização, por parte dos Alemães, em favor, especialmente da França e da Inglaterra. O mencionado art. 231 do tratado dispunha que os aliados e governos associados (entre outros, França, Rússia, Inglaterra e Estados Unidos) proclamavam e a Alemanha e seus aliados (entre outros, Itália e Áustria-Hungria) reconheciam, a responsabilidade da Alemanha (e de seus aliados) por perdas e danos causados aos governos e respectivos nacionais, como consequência da guerra, decorrente da agressão da Alemanha, situação então formalmente reconhecida[12].

A opinião pública alemã sustentou em seguida o argumento da "*mentira da culpa da guerra*", não aceitando qualquer forma de responsabilização[13]. Esse mito alimentou mais tarde o argumento da "*punhalada nas costas*" (*Dolchstoβlegende*), por intermédio do qual a direita radical acusou os partidos liberais e do centro de terem *vendido* a Alemanha aos vitoriosos da primeira guerra mundial[14]. A República de Weimar e a Constituição que a criou, tornaram-se, assim, *bodes*

---

[10] O assunto é tratado por bibliografia extensa e efetivamente impossível de ser totalmente explorada. Conferir, entre outros, EVANS, Richard J.. *The Coming of the Third Reich,* London: Penguin Books, 2004, pp. 155 e ss. KITCHEN, Martin. *O Terceiro Reich- Carisma e Comunidade,* São Paulo: Madras, 2009, pp. 55-84. Tradução para o português de Marcos Malvezzi. SPIELVOGEL, Jackson J.. *Hitler and Nazi Germany- a History,* New Jersey: Pearson, 2004, pp. 10-40.
[11] Cf. KITCHEN, Martin. *História da Alemanha Moderna- de 1800 aos dias de hoje,* São Paulo: Cultrix, 2013, p. 287. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte.
[12] No original da versão em inglês: "*The Allied and Associated Governments affirm and Germany accepts the responsibility of Germany and her allies for causing all the loss and damage to which the Allied and Associated Governments and their nationals have been subjected as a consequence of the war imposed upon them by the aggression of Germany and her allies*".
[13] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., loc. cit.
[14] Ibidem, p. 289.

expiatórios de uma derrota que os alemães não aceitaram[15], e que os levou, em menos de vinte anos, a uma tentativa de desforra total.

A Assembleia do Reich aprovou os termos do tratado de Versalhes em votação secreta. Simbolicamente, o tratado foi assinado em junho de 1919 na sala do Palácio dos Espelhos de Versalhes, nos arredores de Paris, justamente onde alemães e franceses assinaram os termos com os quais se encerrou a guerra franco-prussiana em 1870. De acordo com o tratado, a Alemanha deveria pagar uma indenização de 132 bilhões de marcos-ouro, além de mais 6 bilhões para a Bélgica e, quando da celebração do tratado, já se sabia que não haveria como se cumprir as exigências dos aliados vencedores[16].

Note-se que a proclamação da República na Alemanha ocorreu ainda em 1918, em 9 de novembro, nos momentos derradeiros da Primeira Grande Guerra e logo após (e no mesmo dia) da renúncia do Imperador Guilherme II por conta de intensa agitação e instabilidade econômica, social e política no período final do conflito, seguindo-se e a assinatura do armistício em 11 de novembro e também o processo que desembocou na promulgação da CW em agosto de 1919.

É precisamente a respeito do contexto que marcou a proclamação da República e o consequente processo de formação da nova e frágil, mas ao mesmo tempo, em diversos pontos, paradigmática ordem constitucional, que seguem algumas notas.

Fruto do imenso desgaste causado pela Grande Guerra em duas grandes frentes, como o imenso número de vítimas fatais, feridos e mutilados, o embargo naval e a crise de desabastecimento, fome, crescente insatisfação, frustração e desânimo no seio da população em geral e no meio militar, crescente na fase final do conflito, para além da agitação na esfera política, incluindo o impacto da Revolução Russa de outubro de 1917, não era de se estranhar que também na Alemanha um processo revolucionário e um estado de convulsão nacional tenha se instaurado.

---

[15] Cf. TAYLOR, A. J. P.. *The Course of German History- a survey of the development of German history since 1815,* London and New York: Routledge, 2001, p. 219.
[16] Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 293.

É por tal razão que Christoph Gusy afirma que não existiu o que se pode designar de uma "hora zero" da CW, porquanto não surgida em meio a um vácuo jurídico, mas sim, uma consequência da queda da Monarquia e sua constituição e como reação às causas desta derrocada, portanto, das mazelas da antiga ordem e a vontade de sua superação[17]. É o mesmo autor quem arremata sustentando que a CW acabou representando uma espécie de dupla antítese, sendo expressão do repúdio da Constituição Imperial de 1871 e, ao mesmo tempo, uma negação do movimento de implantação de um sistema de conselhos de acordo com o modelo da Revolução Bolchevista de 1917[18].

Sem que se vá aqui entrar em detalhes, é preciso, contudo, apresentar pelo menos alguns acontecimentos principais do que se designou de a Revolução Alemã de 1918-23, focando-se aqui o período mais agudo e que resultou na abdicação de Guilherme II, proclamação da República, formação da Assembleia Nacional e elaboração da CW, portanto, de final de outubro de 1918 a agosto de 1919.

Embora a fragilização da Constituição Imperial e do autoritarismo militarista tenha tido início já antes da eclosão propriamente dita do movimento revolucionário, incluindo pleitos e propostas de emendas constitucionais liberalizantes e mesmo reclamos no sentido da convocação de uma Constituinte, o estopim imediato se deu na cidade portuária de Kiel, norte da Alemanha, em 29.10.1918. Na ocasião – de acordo aqui com a síntese de Dietmar Willoweit -, em face da ordem de um ataque concentrado por parte da marinha de guerra alemã, com o objetivo de destruir a frota britânica e romper o embargo que esta mantinha, eclodiu um motim que logo se transformou num levante geral dos marinheiros, em 01.11.1918, que, muito embora em parte controlada, acabou se expandindo para outros centros, incluindo Berlim, onde, na manhã de 09.11 – depois de recusada pelo comando maior das forças armadas e pelo próprio Kaiser e da retirada de seus representantes do Governo – o Partido da Maioria Socialista Alemão – convocou uma greve geral[19].

---

[17] Cf. GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung,* Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 11.
[18] Ibidem, p. 11.
[19] Cf. WILLOWEIT, Dietmar. *Deutsche Verfassungsgeschichte*. *Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 7. ed., München: C.H. Beck, 2013, p. 312.

A ausência de resistência por parte dos militares diante da mobilização massiva da classe trabalhadora, que clamava por paz e pão, bem como a circunstância de que o alto comando militar, tendo em conta a falta de motivação e cansaço, mas também de manifestações de indisciplina no seio das tropas e mesmo oficialato, posicionou-se no sentido de não mais cerrar fileiras na defesa do Imperador, que acabou cedendo e renunciou por volta do meio dia, mediante declaração entregue pelo Chanceler, Príncipe Max von Baden, ao líder do partido da maioria socialista, Friedrich Ebert, que, em virtude de não ter sido nomeado um regente para o herdeiro do trono, assumiu também as funções da Chancelaria do Reich[20].

Logo a seguir, às 14 horas, o Ministro Philipp Scheidemann, na sacada do *Reichstag* (Parlamento), proclamou a República, seguindo-se a entrega dos cargos pelos demais príncipes e o reconhecimento do novo governo pelo alto comando das forças armadas ainda antes do final do dia; Guilherme II, que ainda – em vão - tentou manter a coroa real da Prússia, exilou-se na Holanda no dia 10.11.18, renunciando formalmente em 28.11, seguido pelo príncipe herdeiro em 01.12.18[21].

Ponto que não pode ser olvidado, nesse contexto, é que o movimento revolucionário alemão, consoante já indicado, sofreu também direta influência da Revolução Russa de outubro de 1917 e da ideologia marxista-leninista, envolvendo também a tentativa de instaurar o regime socialista na Alemanha. Note-se que o movimento em si (havia outros focos de sublevação) foi promovido pela Liga Spartakus (diretamente inspirada na revolta dos escravos iniciada no sul da Itália no período final da república romana), braço revolucionário do partido socialista independente, criada em 1916 e liderada por Karl Liebknecht (que em final de 1918 fundou o partido comunista alemão) e Rosa Luxenburgo, que foram ambos presos e acabaram sendo assassinados em 1919 por radicais da extrema direita. Calha referir que Liebknecht chegou a proclamar, cerca de quatro depois da declaração de Sheidemann – nos jardins do palácio citadino de Berlim - a instauração de uma república livre socialista alemã, diante de milhares de soldados e trabalhadores. Dada a peculiaridade do fato, não é à toa que se chegou

---

[20] Ibidem, p. 312-3.
[21] Ibidem, p. 313.

a chamar a dupla proclamação da república de uma "curiosidade constitucional de maior significado – *verfassungsgeschichtliches Kuriosum von höchster Bedeutung*" [22].

A revolução alemã, que ainda seguiu ativa por algum tempo, inclusive por todo o período em que se deu a formação da Assembleia Constituinte, os debates em torno da nova constituição e a promulgação da CW, contribuiu muito para a grande instabilidade, radicalização e extremismo o qual, agudizado pela grave crise econômica e do orgulho ferido de boa parte dos alemães em virtude da rendição incondicional e das condições impostas pelo tratado de Versalhes, marcou, em maior ou menor medida, a República de Weimar[23].

Importa sublinhar, que logo após a proclamação da república, o novo governo se fundou num sistema de conselhos de trabalhadores e soldados e o tom dominante era dado pelo partido da maioria socialista e pelo partido socialista independente, que já haviam protagonizado o processo da renúncia e transmissão do poder, constituindo-se, em 10.11.19, um Conselho dos Representantes do Povo (*Rat der Volksbeauftragten*), composto por três membros de cada uma das duas agremiações políticas[24].

Impunha-se, desde logo, a estruturação e consolidação da nova República, de tal sorte que diversas medidas foram adotadas pelo governo provisório e lideranças políticas. Dentre elas, destaca-se a edição, com força de lei, em 12 de novembro de 1918, pelo recém criado conselho dos representantes do povo, de uma série de medidas destinadas a garantir a democratização e o funcionamento da nova República, tais como o levantamento do estado de exceção vigente durante a guerra, a revogação da censura e a garantia da plena liberdade de expressão e reunião, a instituição de um novo sistema eleitoral geral, livre, igual e proporcional, mediante sufrágio secreto, direto e universal, assegurando o direito de voto a todos os homens e mulheres capazes com vinte anos completos; tais

[22] Cf. HAARDT, Oliver F.R.; CLARK, Christopher M.. Die Weimarer Reichsverfassung als Moment in der Geschichte. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, München, C.H.Beck, 2018, p. 9-12.

[23] Para maiores detalhes sobre todo o processo revolucionário, desde as suas origens até o seu esgotamento, com a derrota do partido comunista em 1923, *vide*, entre outros, em língua portuguesa, LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã*, 1918-1923. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

[24] Cf. WILLOWEIT, Dietmar, op. cit., p. 314.

diretrizes – além de outras prescrições estabelecidas por lei especial – também valeram para a eleição da Assembleia Nacional Constituinte[25].

Em 19 de janeiro de 1919 foram realizadas as eleições para a escolha de parlamentares que discutiriam a nova Constituição. A Assembleia Constituinte se reuniu em Weimar, cidade na qual viveram os grandes poetas e escritores Johann Wolfgang von Goethe, Friedrich Schiller e Johann Gottfried von Herder, os compositores Johann N. Hummel, Franz Liszt, Richard Wagner, assim como o filósofo Friedrich Nietzsche, o cientista Alexander von Humboldt, bem como o Walter Gropius, que lá, em 1919 (ano da entrada em vigor da CW), fundou a famosa escola Bauhaus, o que de alguma forma também simbolizava a força cultural da cidade.

Nessa perspectiva, colocava-se a pergunta se a escolha do local da Assembleia Constituinte se deveu ao "espírito de Weimar", de modo a se contrapor a lembrança do humanismo clássico alemão ao militarismo de Potsdam (e Berlim) ou então ao fato de que lá existia uma infraestrutura favorável às instalações e funcionamento da Assembleia, mas também dos seus integrantes, famílias, pessoal de apoio, ou mesmo a circunstância de que a cidade oferecia boas condições para a sua proteção por parte das forças militares[26]. Para muitos, a despeito da relevância dos demais fatores, a principal razão pela qual a escolha do local recaiu sobre Weimar, foi a circunstância de que Berlim tinha-se tornado um local perigoso e inseguro para a reunião de uma assembleia constituinte, por causa das forças revolucionárias e radicalizações e embates (inclusive marcados por atos de violência material e física) que ainda vicejavam na capital da Alemanha, mas também em outras regiões[27]. Note-se, ainda, que as agitações de dezembro de 1918 e o levante espartaquista de janeiro de 1919, tornaram Berlim

---

[25] Cf. SCHNEIDER, Hans. Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III. Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 180.

[26] Cf. LINGELBACH, Gerhard. Weimar 1919 – Weg in eine Demokratie. In: EICHENHOFER, Eberhard (Ed.). *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?,* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 24.

[27] Cf. HENIG, Ruth. *The Weimar Republic- 1919-1933,* London and New York: Routledge, 1998, p. 12.

particularmente não apropriada para os trabalhos constituintes, isso sem falar na desoladora crise econômica e seus efeitos no tecido social[28].

Nas eleições, calha anotar, ficou evidenciada a ampla rejeição do socialismo por parte da população. Ao todo foram eleitos 423 representantes, distribuídos, no que diz com os respectivos partidos políticos, da seguinte forma: 165 mandatos (39%) foram atribuídos ao Partido Socialdemocrata (SDP – Sozialdemokratische Partei), 91 (22%) para o Centro (Partido Popular Cristão – Christliche Volkspartei), 75 (18%) para o Partido Democrata Alemão (Deutsche Demokratische Partei), 44 (10%) para o Partido Nacional Popular Alemão (Deutschnationale Volkspartei), 22 (5%) para o Partido Independente Socialdemokrata (Unabhängige Sozialdemokraten), 18 (5%) para o Partido Popular Alemão (Deutsche Volkspartei), 4 (1%) para a União dos Produtores Rurais da Baviera (Bayerischer Bauernbund) e 4 (1%) para representates de outras agremiações[29].

Tratando-se da primeira eleição na qual às mulheres foi assegurado tanto o sufrágio ativo quanto o passivo, a Assembleia contou com 26 representantes do sexo feminino e, no que diz com as ocupações profissionais dos constituintes, o quadro é o que segue: 125 funcionários de partidos e sindicatos, 72 escritores, jornalistas e redatores, 34 advogados, 32 professores, 29 antigos ministros e secretários de estado, 28 servidores públicos, 24 grandes proprietários rurais e agricultores, 13 trabalhadores manuais, 11 pastores, 8 juízes, 8 estudiosos, 7 mulheres sem profissão, 7 comerciantes, 5 empregados da iniciativa privada e 2 médicos[30]. Diante dessa composição, é possível afirmar que se tratava de um corpo heterogêneo, plural, integrado tanto por representantes da elite intelectual, burocrática e econômica, quanto – e mesmo em sua ampla maioria – de segmentos da classe média e dos trabalhadores alemães.

Tendo o Partido Socialista Independente – a ala mais extremista da esquerda – obtido apenas 22 cadeiras na Assembleia e os socialdemocratas atingido sua maior votação em toda a República de Weimar, somando 165

---

[28] Cf. novamente LINGELBACH, Gerhard, op. cit., p. 27.
[29] Ibidem, p. 28-29.
[30] Ibidem, p. 29.

representantes e constituindo, de tal sorte, a bancada mais forte na Assembleia, apenas uma coligação dos demais partidos somados (os dois partidos de direta, centro e o partido democrático) poderiam suplantar a socialdemocracia, os dois últimos uniram-se aos socialdemocratas e constituíram a assim chamada coalisão de Weimar, que dominou os trabalhos na Assembleia Nacional, por sua vez, instalada em 06.02.1919[31].

No que diz com o perfil ideológico dos integrantes da Assembleia Nacional e programas dos respectivos partidos. A referida coalizão de Weimar integrava correntes em grande parte bastante diferentes, como o socialismo reformista, o liberalismo burguês e o catolicismo político[32]. O socialismo reformista radicava em teorias revisionistas do marxismo, veiculadas por Eduard Bernstein (1850-1932), crítico sistemático do marxismo ortodoxo. Os liberais, reunidos no partido democrata, herdeiro do liberalismo burguês de 1848, se agregaram em torno de Hugo Preuss (1860-1925), o *pai da Constituição de Weimar*, como se constatará mais à frente. Max Weber (1864-1920) notabilizou-se como o teórico do grupo liberal, para quem a república parlamentar carecia de um líder carismático, "*capaz de estabelecer uma comunicação direta com o povo e fornecer-lhe um modelo*"[33]. Os católicos, grupo minoritário que fora combatido pela *Kulturkampf* de Otto von Bismarck, recusavam a concepção de um partido interconfessional, obcecados com a defesa da minoria católica.

A ideologia dominante dependia da maior ou menor aceitação pelos seus adeptos do regime republicano, tal como construído a partir das ideias de Hugo Preuss[34]. Essa ideologia compartilhada por socialistas reformistas, liberais e católicos foi, contudo, rejeitada pelo Partido Comunista Alemão, criado a partir da Liga Espartaquista e favorável à insurreição armada, liderado por Rosa Luxemburgo e Karl Liebknecht representando uma cultura militante resistente a todo tipo de pressão[35].

---

[31] Cf. SCHNEIDER, Hans, op. cit., p. 181-2.
[32] Essa coalização é explorada por THALMANN, Rita. *A República de Weimar,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988, tradução de Álvaro Cabral, especialmente, pp. 54 e ss.
[33] THALMANN, Rita, op. cit., p. 55.
[34] Cf. THALMANN, Rita, op. cit., loc. cit.
[35] Conferir, nesse tema, o comunismo na Alemanha, por todos, PRIESTLAND, David. *A Bandeira Vermelha- a História do Comunismo*, São Paulo: Leya, 2012, pp. 163 e ss. Tradução do inglês para

Havia, por fim, uma direita ultraconservadora, "*herdeira direta do Deutschtum [germanidade] guilhermino*"[36]*.* Ideologicamente complexa e confusa, repudiava a derrota da Alemanha na primeira guerra, que reputava como indicativo da decadência da cultura europeia. A direita era também influenciada pelas ideias de Oswald Spengler (1880-1936), pensador neoconservador que, no entanto, dissentiu do nazismo, para quem, em famoso livro de 1922, havia como se fazer uma previsão da História; pessimista, Spengler advertiu para o que denominou de *a decadência do ocidente,* título de seu famoso livro[37]. Sua importância foi destacada por um historiador da República de Weimar:

> Um dos autores impelidos para a frente da cena intelectual logo após a guerra chamava-se Oswald Spengler. Vendeu mais de 100 000 exemplares de seu A Decadência do Ocidente! No entanto, a obra, em dois tomos, era difícil, muito esotérica em certas partes, e desconcertante por suas referências eruditas, que, como fogos de artifício, passavam da matemática aos fenômenos religiosos e do cristianismo ao Oriente. De uma filosofia da história que queria que toda cultura fosse levada a conhecer as mesmas fases de desenvolvimento do ser humano, chegando ao mesmo declínio inelutável, o grande público só retinha uma lição, ao mesmo tempo pessimista e consoladora, a lição de um fatalismo muito relativo: a derrota da Alemanha arrastava a Europa para o desastre(...)[38].

Na direita despontou também outro grupo de exacerbado conservadorismo, crente em um *racismo biológico*, cínicos e brutais na ação, formado por "*(...) nazistas de primeira hora, como o capitão Ernest Roehm, Rudolf Hess, o almirante Canaris, o general Ludendorff (...)*"[39]*.* Pode-se mencionar também um grupo de

---

o português de Luis Gil Reyes. O próprio título do livro de Priestland, *A Bandeira Vermelha,* é referência ao jornal fundado por Rosa Luxemburgo, *Die Rote Fahne.*

[36] THALMANN, Rita, op. cit., p. 57.

[37] SPENGLER, Oswald. *A Decadência do Ocidente,* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964. Tradução de Herbert Caro. Spengler foi lido no Brasil. Há notícias de que Clóvis Beviláqua o conheceu no original alemão, esboçando algumas linhas sobre a ideia de direito no pessimismo de Spengler. É o que nos informa Cândido Motta Filho, op. cit., p. 71.

[38] RICHARD, Leonel. *A República de Weimar (1919-1933)*, São Paulo: Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988. Tradução do francês para o português de Jônatas Batista Machado.

[39] THALMANN, Rita, op. cit., p. 59.

aristocratas empobrecidos, que perderam quase tudo com a guerra (*os Bildungsbürger*) e que idilicamente imaginavam a Alemanha como uma nova Grécia clássica, a quem corresponderia guiar o destino da humanidade[40]. Deste grupo surgiu, logo mais adiante, ainda no início dos anos 1920, o partido nacional-socialista dos trabalhadores alemães, mais conhecido como partido nazista, que acabou sendo liderado e conduzido ao poder por Adolf Hitler.

Antes de se passar aos trabalhos da Assembleia Nacional e, em especial, a Constituição deles resultante, é preciso destacar que já em 2017 fora encomendado um anteprojeto que pudesse servir de ponto de partida para as discussões na Assembleia, encarregando-se o secretário de estado Hugo Preuss, considerado o personagem mais influente para a CW, dos trabalhos, finalizados em dezembro de 1918, antes mesmo da eleição da Assembleia Constituinte em 11.01.1919[41].

Conhecido por um livro publicado em 1915, *Das deutsche Volk und die Politik- O povo alemão e a política,* Preuss propunha a substituição de um Estado autoritário (*Obrigkeitsstaat*) por um estado do povo (*Volksstaat*). Crítico do dogma da soberania, pretendia desmontar o monopólio estatal para a criação da lei[42]. Preuss divergia de Paul Laband, o intérprete oficial da Constituição de Bismarck, de 1871, e, nesse sentido, substancializava um ideário liberal e burguês, com alguns traços de concessões à esquerda. Em 1917 fora oficialmente convidado para encaminhar sugestões para uma nova Constituição, da qual então já se cogitava. No ano seguinte foi indicado Secretário de Estado do Interior (*Staatssekretär des Inneren*)[43], o que lhe garantiu a posição de redator oficial da minuta da Constituição que se discutia[44].

Preuss era um municipalista, preocupado com a construção de regras constitucionais que prestigiassem os poderes locais. A influência que exerceu

[40] Cf. Cf. KITCHEN, Martin, op. cit., p. 309.
[41] Para uma síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (ed.). *Juristen- Ein Biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert,* München: Beck, 2001, pp. 515-516.
[42] Cf. STOLLEIS, Michael, *A History of Public Law in Germany,* 1914-1945, op. cit. p. 55.
[43] Cf. SCHOENBERGER, Cristoph. Hugo Preuss- Introduction. In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (editors). *Weimar- a Jurisprudence of Crisis,* Berkeley: University of California Press, 2002, p. 110.
[44] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., loc. cit.

sobre a Assembleia revela seu interesse principal, que consistia na possibilidade da auto-organização de uma cidadania livre[45]. Suas relações com a esquerda e o fato de ter ascendência judaica teriam lhe prejudicado na obtenção de uma cátedra em alguma universidade importante; lecionou na Escola do Comércio de Berlim (*Berliner Handelschochshule*), que era mantida por comerciantes liberais[46].

Preuss doutorou-se pela Universidade de Göttingen, apresentando tese sobre a evicção, que compôs com base em estudo de textos do Direito Romano. Sua tese de cátedra – *Habilitationsschrift*, o mais alto título acadêmico conferido na Alemanha - tratou sobre as relações federativas, a partir da hipótese de que municípios, unidades federadas e unidade central funcionariam como corporações territoriais. A tese foi defendida na Universidade de Berlim, em 1890, ostentando o pomposo título *Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschafen*, isto é, *Municipalidade, Estado e União como Corporações Territoriais*[47], tendo, ademais disso, sido muito influenciada pelo jurista Otto von Gierke (1841-1921)[48].

Obstinado com o tema do autogoverno (*Selbstverwaltung*), Hugo Preuss pregava o localismo em oposição à centralização que marcou o direito público alemão desde o movimento pela unificação, conduzido por Bismarck, e concluído ao fim da guerra franco-prussiana em 1871. A pequena burguesia e os trabalhadores industriais, insistia Preuss, deveriam participar da gestão da política local, com forte inspiração nos princípios de autonomia municipal. Em 1899 Preuss defendeu uma professora judia de uma escola municipal a quem o Ministério da Educação pretendia dispensar. Invocava na defesa da professora que a autonomia educacional local não poderia ser desrespeitada por intrusão das autoridades centrais[49].

Preuss entendia que o direito público decorria do momento no qual a vontade do Estado deveria ser diferenciada da vontade de um soberano particular; isto é, para o nascimento do direito público fora necessário a oposição a senhores feudais que governavam seus territórios do mesmo modo que conduziam

---

[45] Cf. SCHOENBERGER, Cristoph, op. cit., p. 111.
[46] Ibidem, p. 111.
[47] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., pp. 420-443.
[48] Para uma síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (ed.), *Juristen-*, op. cit., pp. 240-242.
[49] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., loc. cit.

negócios e propriedades particulares[50]. Insistia que a autoridade política pertencia ao povo, que a articulação entre o poder central e as entidades federadas deveriam ser de máxima cooperação, e que todo o sistema político deveria ser organizado em torno de um genuíno *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*) [51] . Mostrou-se absolutamente contrário à outorga de poderes ilimitados ao Presidente, no chamado *estado de exceção*, qualificado pelo art. 48 da Constituição que se aprovou, cuja versão final era diferente da minuta original apresentada por Preuss[52].

Na versão original, no entanto, Preuss concebeu um modelo no qual desapareceriam os estados pequenos, inviáveis dos pontos de vista econômico e político, cuja única legitimidade decorria de arranjos dinásticos[53]. Essa minuta inicial contemplava um estado unitário descentralizado, formado por quatorze estados alemães e por dois estados austríacos; apresentava-se um catálogo de direitos básicos, um sistema de regulação das relações entre Estado e Igreja, bem como um foro para disputas entre o governo central (o *Reich*) e as unidades federadas (os *Länder*)[54]. No entanto, Preuss não insistia na fixação constitucional de um catálogo de direitos básicos, entendendo-os despiciendos no contexto de uma democracia legítima, no qual existiriam substancialmente; o mencionado catálogo, no entender de Preuss, era supérfluo como escudo protetor, resultando em mera afirmação normativa[55].

Preuss submeteu o esboço do anteprojeto, elaborado com o auxílio de seus assessores, à uma comissão integrada por representantes de outros setores do poder público, políticos e professores, como é o caso de Erich Kaufmann, Max Weber, Heinrich Triepel, Josef Bredt, Gerhard Anschütz e os emissários austríacos, professores Ludolf Hartmann e Alfred Verdross, seguindo-se intensa discussão. Ao longo dos trabalhos, Erich Kauffmann (1880-1972), opôs-se veemente a Hugo Preuss, que defendia um conceito descentralizado de participação democrática,

---

[50] Ibidem, loc. cit.
[51] Cf. SCHOENBERGER, Cristoph, op. cit., loc. cit.
[52] Ibidem, loc. cit.
[53] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., pp. 55-56.
[54] Ibidem, p. 57.
[55] Ibidem, p. 59.

ao passo que Kauffmann insistia em um *Reich* soberano dominado pela Prússia, modelo que lembrava a fórmula política da Constituição de 1871[56]. Além disso, Kauffmann afirmava que Preuss era um provinciano e que desconhecia como funcionava um Estado portentoso como a Alemanha[57].

Deve-se registrar também as importantes contribuições de Max Weber[58], que fora convidado por Hugo Preuss, para algumas reuniões, nas quais se discutiram a proposta de redação de Constituição que seria encaminhada[59]. Weber insistia que as relações entre o Executivo e o Parlamento deveriam ser fortalecidas, que o Presidente do Reich deveria ser eleito por sufrágio universal e direto, e que havia necessidade da ampliação da participação política dos alemães, o que se alcançaria mediante a aprovação de uma nova lei eleitoral[60].

De acordo com Marianne Weber, um ponto importante para Max Weber era o modo como os líderes seriam selecionados, o que implicava optar por uma estrutura parlamentar republicana pura ou por uma estrutura plebiscitária[61]. Enquanto a Alemanha era uma monarquia, Weber entendia que os líderes deveriam ser selecionados pelo Parlamento; no entanto, com o fim do regime monárquico, Weber postulava que o Presidente do Reich fosse escolhido pelo voto direto, o que lhe daria autoridade e independência em face do Parlamento[62].

Assim, na hipótese de um conflito entre o Executivo e o Parlamento, o Presidente poderia apelar para o apoio popular revelado nas eleições; Weber também entendia que eleições populares para a chefia do Executivo poderiam

---

[56] Ibidem, p. 57.

[57] Ibidem, loc. cit.

[58] No contexto da imensa bibliografia sobre a obra de Max Weber, especialmente em seus aspectos políticos, conferir: FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Tradução para o português de Luís Cláudio de Castro e Costa. DIGGINS, John Patrick. *Max Weber- A Política e o Espírito da Tragédia*, Rio de Janeiro: Record, 1999. Tradução para o português de Liszt Vieira e Marcus Lessa. KÄSLER, Dirk. *Max Weber- An Introduction to his Life and his Work*, Chicago: The University of Chicago Press, 1988. BENDIX, Reinhard. *Max Weber- An Intelectual Portrait*, Berkeley: University of California Press, 1984. POGGi, Gianfranco. *Weber- A Short Introduction*, Cambridge: Polity Press, 2006.

[59] O convite e as relações entre Preuss e Weber, que se respeitavam mutuamente, estão explicitadas na biografia de Weber escrita por sua esposa Marianne. Conferir WEBER, Marianne. *Max Weber- a Biography,* New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2003, pp. 639-640. Tradução do alemão para o inglês por Harry Zohn.

[60] Cf. STOLLEIS, Michael, op. cit., p. 53.

[61] Cf. WEBER, Marianne, cit., p. 639.

[62] Ibidem, loc. cit.

limitar a influência dos partidos nas escolhas ministeriais, bem como a limitação do patrocínio político para escolha de agentes públicos em geral[63].

Essa perspectiva deve ser avaliada à luz da compreensão de Max Weber em relação a três pontos centrais na organização da vida pública: os partidos, as formas de dominação e as estruturas burocráticas, temas recorrentes em sua ampla construção teórica. Weber entendia os partidos como sendo *"(...) relações associativas baseadas em recrutamento (formalmente) livre com o fim de proporcionar poder a seus dirigentes dentro de uma associação e, por meio disso, a seus membros ativos, oportunidades (ideais ou materiais) de realizar fins objetivos ou de obter vantagens pessoais, ou ambas as coisas"[64].* Essa construção abstrata deveria ser acomodada à existência empírica e pragmática de socialistas reformadores, liberais, católicos, comunistas e ultrarradicais de direita. Weber se preocupava com o tema do financiamento dos partidos, questão que transcende o tempo e a geografia, enfatizando:

> Economicamente, o financiamento do partido é uma questão de importância central para o modo como se distribui sua influência e para a direção que suas ações tomam materialmente: isto é, se ele provém de grande número de pequenas contribuições de massas, ou de mecenato ideológico, de compra (direta ou indireta) interessada ou de tributação das oportunidades proporcionadas pelo partido ou dos adversários subjugados (...)[65].

A competição eleitoral por intermédio da organização partidária foi alargada, o que substancialmente revelou uma fortificação do sistema democrático. A Alemanha foi dividida em 60 zonas eleitorais, consequência imediata da formulação política da Constituição aprovada em 1919, bem como a ampliação da participação eleitoral, com o voto feminino[66]. Weber preocupava-se com a demagogia e com a ascensão dos demagogos, de algum modo vaticinando

---

[63] Ibidem, loc. cit.
[64] WEBER, Max. *Economia e Sociedade,* Brasília: Editora da UnB, 2000, volume 1, p. 188. Tradução do alemão para o português de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa.
[65] Ibidem, p. 189.
[66] Cf. HENIG, Ruth, op. cit., p. 13.

o que ocorreria na Alemanha depois de 1933. Não é, portanto, à toa que sustentou que *"(...) o demagogo chega ao topo, e um demagogo bem-sucedido é quem tem menos escrúpulos na aplicação dos meios para atrair as massas"*[67].

É o tema da liderança política, no que Weber opunha o *ofício do demagogo* ao *escritório do burocrata*, optando por este último, que ofereceria "*(...) uma preparação infinitamente melhor para a administração material*"[68]. Para Weber, o avanço da democracia na Alemanha, mediante o sufrágio universal para maiores de 20 anos significava também um novo contexto para a escolha dos líderes:

> O significado da democratização ativa das massas consiste em que o líder político já não é proclamado candidato, em virtude do reconhecimento de sua competência no círculo de uma camada de notáveis, tornando-se então líder, por distinguir-se no Parlamento, mas sim passou a conquistar a confiança e a crença das massas em sua pessoa, e portanto seu poder, com os meios da demagogia das massas[69].

Nas reuniões da comissão o problema do controle da liderança política foi colocado por Max Weber, que conseguiu convencer Hugo Preuss da necessidade de fórmulas constitucionais de controle, tanto do Executivo e do Parlamento, sempre sob a ótica das minorias[70]. Deve-se a Weber a sugestão das comissões de inquérito, aceitas pela Assembleia Constituinte e incorporadas no texto constitucional de 1919[71].

Para as minorias construiu-se uma forma de participação ativa no processo de decisão e de controle, até então somente concebida mediante uma oposição generalizada e passiva[72]. A maior contribuição de Max Weber para a Constituição de Weimar consistiu na construção de contrapesos institucionais para a corrupção executiva e parlamentar. Foi ele que concebeu a respectiva comissão parlamentar

---

[67] WEBER, Max, op. cit., p. 571.
[68] Ibidem, p. 572.
[69] Ibidem, loc. cit.
[70] Cf. WEBER, Marianne, op. cit., p. 640.
[71] Cf. ELIAESON, SVEN. Constitutional Caesarism: Weber's politics in their German context. In: TURNER, Stephen. *The Cambridge Companion to Weber,* Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 142.
[72] Cf. WEBER, Marianne, op. cit., loc. cit.

de inquérito como *"uma poderosa arma contra os segredos da burocracia ministerial"*[73].

O anteprojeto foi concluído em 3 de janeiro de 1919, mas o conselho dos representantes populares questionou em parte o seu conteúdo e exigiu a inclusão de um catálogo robusto de direitos fundamentais, o que foi considerado por Preuss e seus colaboradoras, que alteraram o texto e apresentaram uma segunda versão que foi tornada pública em 20.01.19, um dia depois da eleição da Assembleia Nacional, desde logo encontrando forte resistência por diversos estados alemães e mesmo em Berlim por seu cunho centralista e unitarista[74].

Em virtude dessa resistência e indignação, foi convocada uma reunião dos estados alemães, realizada em Berlim em 25.01.19, envolvendo representantes do governo, do conselho central dos trabalhadores e soldados e representantes dos estados, incluindo a Áustria, num total de 129 integrantes, tendo os trabalhos sido presididos por Friedrich Ebert. Embora a ardente defesa do seu anteprojeto em face das tendências fortemente federalistas, a pressão dos estados surtiu efeito, ficando acordado que a Assembleia Nacional iria inicialmente aprovar uma lei fundamental provisória, criando-se uma comissão formada por representantes dos estados (Staatenausschuss), com a atribuição de elaborar um anteprojeto para regular o governo provisório e mesmo um novo anteprojeto de constituição; Após uma primeira rodada de discussões e a apresentação de uma nova versão do anteprojeto pelo Governo, finalmente o texto final aprovado pelo conselho dos estados foi submetido à Assembleia Nacional, em 21.02.19[75].

É preciso frisar, nesta quadra, que as sugestões formuladas por Hugo Preuss, acabaram, nos seus traços gerais, sendo adotadas pela Assembleia, mediante cuidadoso balanceamento de forças, amarrado por vários compromissos, estabelecidos de modo a garantir que a Alemanha seguisse sendo um Estado federal, uma democracia parlamentar conduzida por partidos políticos

[73] RADKAU, Joachim. *Max Weber- a Biography,* Cambridge, Polity Press, 2009, p. 512. No original: *"a powerful weapon against the secrecy of the ministerial bureaucracy"*.
[74] Cf. SCHNEIDER, Hans. *Die Reichsverfassung vom 11. August 1919*, op. cit., p. 183-4.
[75] Ibidem, p.184-5.

fortes, tudo equilibrado por um presidente escolhido por sufrágio universal direto[76].

3.3 O instigante, paradigmático e criativo ambiente cultural da República de Weimar

Na República de Weimar, a cultura caracterizou-se por uma profusão de artistas, pensadores e cientistas, que comprovam a excelência e a importância da tradição cultural dos alemães. Entre outros, são representantes da cultura alemã da época de Weimar, ainda que se correndo o risco de esquecer vários nomes importantes, escritores como os irmãos Thomas e Heinrich Mann, Erich Maria Remarque, Stephan Zweig e Franz Kafka (tcheco, mas que escrevia em alemão), cineastas como Robert Wiener, Friederich William Murnau, Fritz Lang e Josef von Sternberg, dramaturgos, como Bertold Brecht, atores e atrizes como Emil Jannings, Kurt Gerron e Marlene Dietrich, pintores como Paul Klee, arquitetos como Walter Gropius, músicos como Arnold Schoenberg e Richard Strauss, cientistas como Albert Einstein, sociólogos como Karl Manheim, filósofos como Theodor Adorno, Max Horkheimer, Herbert Marcuse, Karl Popper, Erich Fromm, Ernest Cassirer, Edmund Husserl, Karl Jaspers, Martin Heidegger e Walter Benjamin, teólogos como Paul Tillich, a par do pai da psiquiatria e pensador da cultura, Sigmund Freud.

Alguns desses nomes foram mais tarde perseguidos pelo nazismo e tiveram que emigrar, entre eles, Freud (que foi para a Inglaterra)[77], Einstein[78], Adorno, Horkheimer, Fromm e Marcuse (que foram para os Estados Unidos)[79], Zweig (que

---

[76] Cf. HENIG, Ruth, op. cit., loc. cit.

[77] Nesse tema, COHEN, David. *A Fuga de Freud,* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010. Tradução de Clóvis Marques, além das biografias clássicas, JONES, Ernest. *Vida e Obra de Sigmund Freud,* Rio de Janeiro: Guanabara, 1979, pp. 753 e ss.. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos; GAY, Peter. *Freud- a Life for our Time,* New Yoirk and London: W. W. Norton & Company, 1988, pp. 629 e ss.

[78] A presença de Einstein em Berlim na década de 1920 foi explorada por LEVENSON, Thomas. *Einstein em Berlim,* Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. Tradução de S. Duarte. Conferir também, para informações sobre o exílio e os anos finais, ISAACSON, Walter. *Einstein- sua vida, seu universo*, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.Tradução de Celso Nogueira, Fernanda Ravagnani, Isa Mara Lando e Denise Pessoa.

[79] É o tema da Escola de Frankfurt no exílio. Conferir, por todos, WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School, its History, Theories, and Political Significance,* Cambridge: The MIT Press, 1998. Tradução do alemão para o inglês de Michael Robertson. Em língua portuguesa, por todos também, MATOS,

se suicidou no Brasil, em Petrópolis)[80] e Popper (que foi para a Nova Zelândia)[81]. Walter Benjamin se suicidou na fronteira da Espanha, fugindo da Gestapo, episódio que é narrado por Hannah Arendt, em passagem deprimida, escrita por quem passou pela mesma fronteira, logo em seguida, a ponto de ter conhecimento da morte do filósofo da melancolia:

> A 26 de setembro de 1940, Walter Benjamin, que se preparava para emigrar para a América, suicidou-se na fronteira franco-espanhola. Várias razões o levaram a isso. A Gestapo confiscara o seu apartamento em Paris, que continha a sua biblioteca (conseguira fazer sair da Alemanha 'a metade mais importante') e muitos dos seus manuscritos; tinha bons motivos para se preocupar também com o destino dos outros manuscritos (...) Como iria ele viver sem sua biblioteca, como podia ganhar a vida sem a vasta coleção de citações e excertos que se encontrava entre seus manuscritos? Além disso, nada o atraía na América, onde, conforme costumava dizer, provavelmente ninguém saberia o que fazer dele além de o passearem pelo país inteiro, exibindo-o como o 'último europeu' (...)[82].

Registra-se, além disso, expressiva quantidade de inovações e ousadias. O período da República de Weimar consiste numa época de vanguardas, tendo sido um tempo de ruptura com as artes já estabelecidas[83]. A música dodecafônica do já referido Arnold Schoenberg[84], o assustador enredo de *O Processo,* de Franz Kafka[85], os filmes da corrente expressionista (*Dr. Calegari, O Anjo Azul, Metrópolis,*

Olgária C. F.. *Os Arcanos do Inteiramente Outro- A Escola de Frankfurt, a Melancolia e a Revolução*, São Paulo: Brasiliense, 1989.

[80] Conferir BONA, Dominique. *Stefan Zweig- uma Biografia,* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999. Tradução do francês para o português de Carlos Nougué e João Domenech Oneto.

[81] Conferir sua autobiografia intelectual, POPPER, Karl R.. *Búsqueda sin término,* Madrid: Tecnos, 2002, traduzida do inglês para o espanhol por Cármen Garcia Trevijano.

[82] ARENDT, Hanna. *Homens em tempos sombrios,* Lisboa: Relógio D'Água, 1991, p. 197. Tradução de Ana Luísa Faria.

[83] Cf. DUPEUX, Louis. *História Cultural da Alemanha,* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 76. Tradução do francês para o português por Elena Gaidano.

[84] Entre as peças mais representativas de Schoenberg destacam-se *Suíte, op. 25, Ode a Napoleão, Perrot Lunaire, Gurrelieder*. Para uma síntese biográfica, BURROWS, John (editor). *Classical Music*, London: Penguin, 2005, pp. 387-389.

[85] Para um levantamento biográfico, BROD, Max. *Franz Kafka- a Biography,* New York: Perseus Book, 1995 e LÖWY, Michael. *Franz Kafka- Sonhador Insubmisso,* Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005. Tradução do francês para o português de Gabriel Cohn.

Nosferatu), a tela *Angelus Novus,* do pintor suíço naturalizado alemão, Paul Klee, que suscitou o tema das teses da história de Walter Benjamin[86], bem como, entre outros, o teatro de Bertold Brech (incluindo aqui o seu parceiro musical Kurt Weil), sugerem uma época de "*alerta mental sem precedentes*"[87],isso na expressão de um historiador das ideias, para quem a República de Weimar - que durou 14 anos, até que Hitler tomasse o poder - consistiu em um '*interregno tumultuoso entre desastres*' o qual, no entanto, produziu uma cultura distinta, ao mesmo tempo brilhante e singular[88].

Essa constatação, em contraposição ao que ocorreu na época nazista, nos coloca uma das mais enigmáticas questões do século XX, qual seja, como uma nação que produziu um padrão artístico e cultural sem precedentes produziu uma barbárie coletiva, também sem precedentes na História. Em termos mais amplos, essa dúvida consiste na oposição da grandeza histórica e cultural alemã [89] (Beethoven[90], Goethe[91], Hegel[92], Schopenhauer[93], Lutero[94], Thomas Mann[95], Kant[96],

[86] A trajetória intelectual de Walter Benjamin foi explorada, entre outros, por WITTE, Bernd. *Walter Benjamin- an intelectual biography,* Detroit: Wayne, 1997. Tradução do alemão para o inglês por James Rolleston.
[87] WATSON, Peter. *The German Genius- Europe's Third Renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*, London: Simon & Schuster, 2010, p. 567. No original: "*Weimar: Unprecedented mental alertness*".
[88] WATSON, Peter, op. cit., p. 568. Tradução livre. No original: *"The Weimar Republic laste for fourteen years, until Hitler came to power in 1933, 'a tumultus interregnum between disasters' which nevertheless managed to produce a distinctive culture both brilliant and singular (...)".*
[89] Nesse tema, substancialmente, CONZE, Werner; HENTSCHEL, Volker. *Deustsche Geschichte,* Freiburg: Verlag Ploetz, 1996.
[90] Há extensa bibliografia. Entre outros: WAGNER, Richard. *Beethoven,* Rio de Janeiro: Zahar, 2010, tradução de Hanna Hartmann Cavalcanti. ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven,* São Paulo: Atena, 1957. SOLOMON, Maynard. *Beethoven- Vida e Obra,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. Tradução de Álvaro Cabral.
[91] Entre outros: BOERNER, Peter. *Goethe,* London: Haus Publishing, 2004. Tradução para o inglês de Nancy Boerner. Ver também, CITATI, Pietro. *Goethe,* São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Rosa Freire D´Aguiar.
[92] Entre outros: PINKARD, Terry. *Hegel- a Biography,* Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
[93] Entre outros: SAFRANSKI, Rüdiger. *Schopenhauer- e os anos mais selvagens da Filosofia,* São Paulo: Geração Editorial, 2011. Tradução do alemão para o português de William Lagos.
[94] Entre outros, FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero-um Destino,* São Paulo: Três Estrelas, 2012. Tradução de Dorothée de Bruchard. Ver também, LESSA, Vicente Themudo. *Lutero,* Rio de Janeiro: Pallas, 1976.
[95] Entre outros, HAYMANN, Ronald. *Thomas Mann,* New York: Bloomsbury, 1995, e PRATER, Donald. *Thomas Mann- uma Biografia,* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. Tradução de Luciano Trigo.
[96] Entre outros, KUEHN, Manfred. *Kant- a Biography,* Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Mozart[97], Schubert[98], entre tantos outros nomes, como é o caso, na Música, de Bach, Händel (que emigrou para a Inglaterra onde assumiu posteriormente a nacionalidade), Telemann, Schumann, Mendelsson-Bartholdy, Brahms e Wagner, bem como na literatura, filosofia e ciências figuras como Heinrich Heine, Schiller, Leibniz, Alexander von Humboldt, Heinrich von Kleist, Samuel Pufendorf, Ernst Bloch, Karl Jaspers) em contraste com os horrores patrocinados pelo nazismo. À pátria da filosofia[99], se contraporia a barbárie de um processo de negação da civilização.

Thomas Mann, que ao longo da segunda guerra mundial exortou os alemães contra o nazismo, por intermédio de vários discursos pronunciados pelo rádio[100], simboliza esse tempo, e o fortíssimo traço burguês que também o marcou, na impressão de um historiador da cultura alemã:

> Burguês orgulhoso de sê-lo, mas, sobretudo, artista cuja presença de espírito compassado dissimula intensa ironia, prodigiosamente cultivado e compenetrado do sentido de suas responsabilidades em relação à cultura alemã, Thomas Mann conquistara a celebridade em 1901 com o seu Buddenbrook, história da decadência de uma família de negociantes lubequenses (a sua própria), no seio da qual a veia artística e a enervação (preço a pagar pela fineza e sensualidade) se sobrepõem paulatinamente ao sentido dos negócios. Seu famoso romance A Montanha Mágica (1924), que lhe valeu sucesso público europeu equivalente ao alemão, tem por quadro um sanatório que simboliza a decadência do Ocidente submetido ao choque de ideologias. Mann obteve o prêmio Nobel em 1929[101].

A República de Weimar foi marcada pela presença de um grupo expressive

---

[97] Para a trajetória singular do austríaco Wolfgang Amadeus Mozart, conferir o elegante ensaio de ELIAS, Norbert. *Mozart- Sociologia de um Gênio,* Rio de Janeiro: Zahar, 1995, tradução de Sergio Goes de Paula, bem como o não menos elegante ensaio de GAY, Peter. *Mozart*, Rio de Janeiro: Objetiva, 1999. Tradução de José Antonio Arantes.

[98] A Viena dos tempos de Mozart e de Schubert é reconstruída por BRION, Marcel. *Viena nos tempos de Mozart e Schubert,* São Paulo: Companhia das Letras, 1991. Tradução de Márcia Vinci.

[99] Conferir PINKARD, Terry. *German Philosophy- 1760-1860- The Legacy of Idealism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

[100] MANN, Thomas. *Discursos contra Hitler- Ouvintes Alemães!*, Rio de Janeiro: Zahar, 2009. Tradução de Antonio Carlos dos Santos e Renato Zwick.

[101] DUPEUX, Louis, op. cit. p. 73.

de intelectuais, de inegável influência na vida política e social, ainda que essa influência tenha se notado menos na própria Alemanha do que nas outras partes da Europa e do mundo. Os intelectuais de Weimar representaram o âmago do espírito de uma época, porém não transitavam no centro dos negócios públicos; segundo um historiador da cultura alemã, os intelectuais de Weimar influenciaram a Alemanha na qual viveram bem menos do que empolgaram seus admiradores no estrangeiro[102]. Paul Tillich, teólogo protestante, entendia que algo de errado ocorria com a cultura alemã, na hipótese de que o nazismo fosse dela uma manifestação[103].

Do mesmo modo que a Era de Weimar consistiu em um momento de esplendor na cultura em geral, foi também um tempo memorável na cultura jurídica, no direito público e no direito constitucional, em particular. É do que trataremos em seguida.

3.4 Os constitucionalistas da República de Weimar

A doutrina constitucional construída em torno da Constituição de Weimar exerceu grande influência na construção do direito público no século XX, inclusive no Brasil. Autores brasileiros como Francisco Campos, Pontes de Miranda, Pinto Ferreira, Paulo Bonavides, Arnaldo Vasconcelos e Nelson Saldanha estudaram, dentre outros, o pensamento dos teóricos de Weimar, sem prejuízo de aportes relevantes mais recentes, como é o caso, igualmente em caráter ilustrativo, da obra de Gilberto Bercovici, tanto sobre o estado de exceção[104], quanto importante obra coletiva sobre os cem anos da Constituição de Weimar[105].

Há também um grande desafio do ponto de vista do enfrentamento (ou da adesão) à ditadura nazista, porquanto a maior parte dos juspublicistas de Weimar

[102] Cf. GAY, Peter. *Weimar Culture- the outsider as insider,* New York and London: W.W. Norton & Company, 2001, pp. 43 e ss.
[103] Cf. PAUCK, Wilhem; PAUCK, Marion. *Paul Tillich- his Life & Thought*, Volume I: Life, New York: Harper & Row, p. 128.
[104] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004
[105] BERCOVICI, Gilberto (Coord.), *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019*), São Paulo: Quartier Latin, 2019.

viveu ao longo e depois da segunda guerra mundial. Hans Kelsen faleceu em 1973, Carl Schmitt em 1985, Gerhard Anschütz em 1948, Richard Thoma em 1957, Heinrich Triepel em 1946, Erich Kaufmann em 1972, Rudolf Smend em 1975 e Ernest Forsthoff em 1974. Em relação ao direito brasileiro, inegavelmente, a maior influência se percebe no que diz respeito à obra de Carl Schmitt[106] e Hans Kelsen[107].

Enquanto Hugo Preuss fora o construtor do núcleo do texto constitucional aprovado pela Assembleia Nacional em 1919, com a colaboração de Max Weber, menciona-se Gerhard Anschütz (1867-1948)[108] como seu mais expressivo comentador, ao lado de Richard Thoma (1874-1957). É de ambos o clássico *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, até hoje editado[109]. Anschütz e Thoma foram colegas na Universidade de Heidelberg, onde lecionaram, tendo o primeiro pontificado também em Tübingen e em Berlim. Fortemente comprometido com ideais democráticos, Anschütz rejeitou o nazismo, vivendo recluso em Heidelberg durante os anos do IIIº Reich, período durante o qual escreveu suas memórias[110]. Criticou Rudolf Smend (que culpava por confundir direito com política), Erich Kaufmann (de quem discordava dos conceitos de direito natural e de igualdade), bem como Hans Kelsen (enfatizando que lhe faltava conhecimento histórico)[111].

Pianista, apaixonado pela música de Wagner, influenciado pela mãe, cantora que interpretava os *Lieder* de Schubert e de Schumann, Anschütz era um esteta, que também se vangloriava por conhecer a vida burocrática: era um estudioso dos regimes de desapropriação e havia trabalhado na administração pública por cinco anos antes de começar a lecionar[112].

As ideias de Anschütz sobre a CW foram objetivamente expressas em discurso que pronunciou na Universidade de Heidelberg, em 22 de novembro de

---

[106] Em especial, os estudos de MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2011.
[107] Entre outros, VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica,* São Paulo: Malheiros, 2002.
[108] Para uma síntese biográfica, STOLLEIS, Michael, *Juristen,* op. cit., pp. 36-37.
[109] ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard. *Handbuch des deustschen Staatsrechts,* Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
[110] Cf. PAULY, Walter. *Gerhard Anschütz.*In JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (editors), op. cit., p. 129.
[111] Cf. PAULY, Walter, op. cit., loc. cit.
[112] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., pp. 345 e ss.

1922[113]. Reconhecia que a ordem jurídica então reinante era confusa e propulsora da desordem, situação que imputava à guerra perdida. Em tom patriótico, observando que o Reich deveria permanecer alemão e que assim continuaria enquanto os alemães resistissem unidos[114], mencionava uma união dos inimigos da Alemanha com o arquirrival (a França), cuja ascensão decorrente do Tratado de Versalhes subordinava à tutela estrangeira as finanças, a economia e toda a vida nacional alemã[115].

Anschütz identificou nesse discurso os três princípios básicos da CW: um Estado nacional e independente, um Estado federativo dotado de unidade e um Estado substancialmente democrático[116]. Lamentou que a Constituição da Catedral de São Paulo, de 1849, ainda que um documento memorável, jamais fora efetivada; no entanto, seus princípios cardeais se realizariam na – e por meio da - CW[117]. A tarefa então consistia em se garantir para os alemães a proteção constitucional dada em 1849, e nunca cumprida ou efetivada. Inspirava-se no fato de que em 1919 já havia uma unidade nacional, o que não ocorreu em 1849[118].

O Estado nacional independente não significaria apenas um desejo político: já era, efetivamente, uma realidade constitucional e normativa. O que se esperava da Constituição de 1849 - e por isso houve frustração - era uma relação contratual entre estados individuais e não uma associação de príncipes. Houve espaço - não ocupado ou realizado - para uma organização definitiva do povo alemão, sob um governo imperial[119]. O ideal democrático teria, nada obstante, triunfado nas conversações de Weimar: tronos e dinastias foram derrubados, monarquias se transformaram em repúblicas, monarcas foram transformados em chefes de Estado meramente decorativos, recebendo algum poder e dignidade das camadas mais debilitadas da população[120].

---

[113] O discurso está reproduzido em JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (editors), op. cit., pp. 132-155, sob o título *Three Guiding Principles of the Weimar Constitution*.
[114] Cf. ANSCHÜTZ, Gerhard, *Three Guiding Principles*, op. cit., p. 133.
[115] Ibidem, p. 132.
[116] Ibidem, p. 134.
[117] Ibidem, loc. cit.
[118] Ibidem, loc. cit.
[119] Ibidem, p. 135.
[120] Ibidem, p. 143.

Obsessivamente patriótico, Anschütz declamava três virtudes que se deveria esperar de um jovem democrata: a alegria no sacrifício, o senso da responsabilidade cidadã e um forte amor à pátria comum, especialmente no sentido de que não se poderia falar de uma nação bávara ou prussiana, mas apenas de uma nação alemã[121].

Richard Thoma, por sua vez, estudou em Freiburg, Munique e Berlim. Era ligado a Max Weber, com quem compartilhou ideais, como o da realização de reformas sociais e a afirmação e defesa da social-democracia. Em 1900 defendeu tese sobre propriedade no contexto do direito privado [122]. Defensor da responsabilidade ministerial (que também era uma tese central nas ideias políticas de Weber) Thoma pretendia que se fixassem limites para a ação da administração, dispostos na Constituição, regulados por leis e informados pelo respeito aos direitos básicos[123].

Thoma também rejeitava o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, temoroso de uma "gerontocracia" decorrente da proeminência desse poder[124]. Sua grande dúvida consistia em como se fazer uma combinação adequada entre *Estado de Direito* e *Estado de Bem-Estar Social*[125]. Viveu em Bonn de 1928 a 1957, ano de seu falecimento. Respeitado pelos aliados, e por setores mais democráticos da Alemanha na era da reconstrução, Thoma assessorou as discussões em torno da redação da Lei Fundamental em 1949[126].

Na década de 1920, Richard Thoma divergiu de Carl Schmitt a propósito das opiniões deste último sobre o regime parlamentarista, tal como organizado na República de Weimar [127]. Thoma sustentou que não havia uma perspectiva coerente nas críticas que Schmitt fazia ao parlamentarismo. Havia um problema

---

[121] Ibidem, p. 150.
[122] Cf. CALDWELL, Peter C., *Richard Thoma.* In: JACOBSON, Arthur J. e SCHLINK, Bernhard (editors), op. cit., p. 151.
[123] Ibidem, p. 152.
[124] Ibidem, p. 154.
[125] Ibidem, loc. cit.
[126] Ibidem, p. 155.
[127] Trata-se do livro de Carl Schmitt *Die geitesgeschichtliche Lage des heutingen Parlamentarismus,* traduzido para o inglês como *The Crisis of Parlamentary Democracy*, livro que será mais adiante comentado. Na tradução de Ellen Kennedy publicou-se a crítica de Richard Thoma, como apêndice, com o título *On the Ideology of Parliamentarism.* SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parlamentary Democracy*, Cambridge and London: The MIT Press, 1988. Tradução do alemão para o inglês de Ellen Kennedy.

central, a respeito do qual Thoma não encontrava solução no livro de Schmitt: se decisões políticas seriam tomadas por uma minoria estável (típica dos Estados autoritários e, no limite, uma ditadura) ou por uma minoria volátil e temporária (uma partido político), ou por certos grupos sociais, proletários ou burguesia, sendo que um dos dois seria excluído das vantagens do domínio do Estado; para Thoma, esta dúvida não seria respondida por uma mera opção entre parlamentarismo ou ditadura, como sugeria o livro de Schmitt[128]. Thoma percebia uma certa simpatia de Schmitt pela *"irracionalidade do misticismo"*, o que - ainda que enraizado nas teorias do anarquismo - qualificava um perigoso anseio pela ordem, pela hierarquia e pela disciplina[129].

Erich Kaufmann (1880-1972), neokantiano e crítico do positivismo, fortemente influenciado pela filosofia de Wilhelm Dilthey (1833-1911) e pela sociologia de Georg Simmel (1858-1918), foi também importante intérprete da CW e dos problemas do direito público alemão da década de 1920. Com forte experiência nos conflitos da época (como soldado, sofreu ferimentos na primeira guerra mundial), Kaufmann também conhecia o meio burocrático (assessorou o governo alemão para construção de políticas relativas a minorias alemãs na Polônia) e as dificuldades decorrentes da derrota alemã na primeira guerra mundial (representou a Alemanha nas câmaras de arbitragem que discutiram os planos de reconstrução, a exemplo do Plano Dawes)[130]. Kaufman defendia uma concepção de direito natural à qual estaria vinculado o legislador do direito positivo; após o término da segunda guerra mundial assessorou o governo da República Federal da Alemanha em assuntos de relações internacionais[131].

[128] Cf. THOMA, Richard, *On the Ideology of Parliamentarism,* op. cit., p. 81.
[129] Ibidem, p. 82.
[130] O Plano Dawes consistiu na atuação de um grupo de políticos e financistas que discutiram e fixaram um roteiro para viabilização do pagamento das reparações de guerra devidas pela Alemanha, como fixadas pelo Tratado de Versalhes. Chefiado por Charles Dawes (1865-1951), político norte-americano, que foi vice-presidente no mandato de Calvin Coolidge (1925-1929), o plano centrou-se na organização de um banco governamental alemão (o *Reichbank*) e na definição da origem dos recursos para o pagamento dos débitos, designadamente exações incidentes sobre transportes, circulação de mercadorias e comércio internacional. Rigorosamente, o Plano de Dawes pretendia combinar interesses alemães com o expansionismo do capitalismo norte-americano. Conferir FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany,* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 168 e ss.
[131] Cf. CLOYD, Stephen. *Erich Kaufmann.* In: JACOBSON, Arthur J. e SCHLINK, Bernhard (editors), op. cit., pp. 189 e ss.

Kaufmann chama a atenção a propósito do tema da *vontade do povo* (*Volksville*), assunto sobre o qual refletiu em um artigo publicado em 1931[132]. Inicialmente, enfatizou que algum possível conceito de *vontade do povo* exigiria uma compreensão prévia do que denominava de *espírito do povo* (*Volksgeist*). Essa compreensão radicava no chamado historicismo, que na Alemanha se desenvolveu com Johann Gottfried von Herder (1744-1803), para quem não haveria superposições qualitativas entre as várias culturas e civilizações, bem como não haveria civilizações superiores ou inferiores, isto é, não se poderia conjecturar sobre as denominadas épocas de ouro. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) complementaria essa linha, com o tema do *Volksgeist, o espírito do povo,* ainda que paradoxalmente obcecado com o direito romano. Pode-se problematizar essa concepção, evidenciando-se uma suposta e imaginária contradição, na medida em que o *Volksgeist* que plasmaria o direito alemão, para Savigny, seria justamente o direito romano do baixo império.

Para Kaufmann, o *espírito do povo* era uma entidade objetiva e real, revelada também na ação individual. O ponto de partida para toda construção constitucional, teórica e prática, consistiria na busca e na descoberta desse *espírito*, ente político descortinado pelo desejo político dos indivíduos que conviviam em um mesmo espaço e época, compartilhando identidade comum[133]. Essa identidade, no entanto, seria alcançada por intermédio de métodos peculiares, que desprezavam formas plebiscitárias, por conta da precariedade das formas de pesquisa, simplificadas nos plebiscitos.

Esse modelo era denominado de *bonapartismo*[134], no qual, de acordo com Kaufmann, haveria necessidade de um "*Bonaparte*"; se este não existisse, a burocracia que domina o governo tomaria todas as deliberações, decidindo por si

---

[132] O título original do artigo é *Zur Problematik des Volksvillens*, traduzido e reproduzido na coletânea de Arthur Jacobson e Bernhard Schlink, op. cit., pp. 196-206, com o título *On the Problem of the People's Will.*

[133] Cf. KAUFMANN, Erich, *On the Problem of the People's Will,* op. cit.

[134] O conceito foi originariamente formulado por Karl Marx no *Dezoito Brumário de Louis Bonaparte*, célebre texto no qual Marx compara o golpe de Napoleão I em 1804 com o golpe de seu sobrinho Napoleão III, no contexto da revolução de 1848. O livro se abre com conhecida passagem na qual, citando Hegel, Marx enfatiza que na história fatos e histórica ocorrem duas vezes, a primeira como tragédia, e a segunda como farsa. MARX, Karl. *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte*, São Paulo: Centauro, 2000. Tradução de Silvio Donizete Chagas.

mesma e, mais importante, definindo qual seria a questão a ser levada ao plebiscito[135]. Quem colocaria a questão a ser respondida é quem conduziria, de fato, a rota política que se tomaria. Kaufman insistia na precariedade dos regimes plebiscitários: chamado a simplesmente marcar *sim* ou *não*, o povo tem reduzida sua influência e sua pluralidade a um mínimo que não traduz as variáveis do *espírito do povo* então desprezado[136].

A maior e melhor fundamentada oposição conceitual à República de Weimar foi feita por Carl Schmitt (1888-1895)[137], para quem a Constituição de 1919 enfraquecia o Estado, fechando-se em um liberalismo incapaz de resolver os graves problemas colocados por uma moderna democracia de massas. Carl Schmitt viveu (e participou intelectualmente) de momentos decisivos na história alemã: amadureceu nos anos finais do IIº Reich, debateu recorrentemente durante a República de Weimar (especialmente sobre o parlamentarismo e sobre o controle de constitucionalidade), aproximou-se (e afastou-se) dos nazistas durante o IIIº Reich e presenciou o triunfo do imperialismo liberal norte-americano[138].

Seus textos de acostamento com a ideologia nazista lhe valeram o epíteto de *Kronjurist,* o *jurista da coroa.* Essa acusação carrega intenso debate, que agitou estudiosos de Schmitt, a exemplo de Giorgio Agambem[139], Bernd Rüthers[140],

[135] O *bonarpartismo* conhece líderes *cesaristas* que tomam o poder por força militar (Napoleão I) ou por um apelo direto ao povo, por meio de plebiscitos (Napoleão III). No entanto, mesmo Napoleão I sufragou sua ascendência militar e política sobre a França mediante um plebiscito. Conferir KENNEDY, Ellen. *Introdução* em SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parlamentary Democracy*, op. cit. p. xxiii.
[136] Cf. KAUFMANN, Erich, *On the Problem of the People's Will,* op.cit.
[137] Para dados biográficos, STOLLEIS, Michael (ed.). *Juristen- Ein Biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert,* München: Beck, 2001, pp. 562-563. Conferir também, WISTRICH, Robert S.. *Who´s Who in Nazi Germany,* London and New York: Routledge, 2002, pp. 225-226.
[138] Cf. HERRERO, Montserrat. *Estúdio Preliminar*. In: SCHMITT, Carl. *Posiciones ante el Derecho,* Madrid: Tecnos, 2012. Tradução do alemão para o espanhol de Montserrat Herrero.
[139] AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. Tradução do italiano para o português de Iraci D. Poleti.
[140] RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht- Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich,* München: Verlag C. H. Beck, 1989, especialmente pp. 120-141. RÜTHERS, Bernd, *Carl Schmitt im Dritten Reich,* München: Verlag C. H. Beck, 1990. Há tradução para o espanhol, RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tradução de Luis Villar Borda.

Francisco Sosa Wagner[141], Chantal Mouffe[142], William Scheuerman[143], Helmut Quaritsch[144] e Jean-François Kervégan[145]. No Brasil, há, destacando-se aqui obras mais recentes, os valiosos estudos de Ronaldo Porto Macedo Jr[146] e de Gilberto Bercovici[147].

Carl Schmitt nasceu em 2 de julho de 1888 na cidade de Plettenberg, na Westphalia. De família católica, Schmitt simboliza também os juristas católicos da era de Weimar, e o desdobramento trágico que houve com o apoio (ou com a oposição) ao nazismo. Estudou direito em Berlim, em Munique e em Estrasburgo, onde lecionava Paul Laband. Doutorou-se em 1910 com um trabalho sobre a culpa e suas várias formas. Orientou a tese de doutorado de Ernst Forsthoff, com quem manteve longa amizade. Lecionou na Universidade de Greifswald (em 1921), na Universidade de Bonn (1922), na Escola Comercial de Berlim (1928), na Universidade de Colônia (1933) e na Universidade de Berlim (1933-1945).

Publicou seus estudos mais importantes durante os anos da República de Weimar. Entre eles, *Romantismo Político* (1919), *A Ditadura* (1921), *Teologia Política* (1922), *A Crise da Democracia Parlamentar* (1923), *Catolicismo Romano e Forma Política* (1925), *Teoria da Constituição* (1928), *O Guardião da Constituição* (1931), *O Conceito do Político* (1932) e *Legalidade e Legitimidade* (1932). Durante os anos do nazismo, publicou *Sobre os três modos de pensar a Ciência Jurídica* (1934), *O Leviatã na Teoria do Estado de Thomas Hobbes* (1938) e *Interpretação Europeia de Donoso Cortés* (1944). Em 1950 publicou *O Nomos da Terra no Direito das Gentes do Jus Publicum Europaeum*. Carl Schmitt também publicou um

---

[141] SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., pp. 443-487. Sosa Wagner também editou e comentou a correspondência entre Carl Schmitt e Ernst Forsthoff, conferir, SOSA WAGNER, Francisco. *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias,* Madrid: Marcial Pons, 2008.
[142] MOUFFE, Chantal (ed.). *The Chalenge of Carl Schmitt,* London and New York: Verso, 1999.
[143] SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt- The End of Law*, Boulder and New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
[144] Helmut Quaritsch editou e comentou os interrogatórios pelos quais passou Carl Schmitt em Nuremberg. SCHMITT, Carl. *Respuestas em Núremberg,* Madrid: Escolar y Mayo, 2016.
[145] KERVÉGAN, Jean-François. *Qué hacemos con Carl Schmitt,* Madrid: Escolar y Mayo, 2013. Tradução do francês para o espanhol de Alejandro García Mayo.
[146] MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, São Paulo: Saraiva, 2011.
[147] BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

importante ensaio em 1912, *Lei e Decisão Judicial, Exame sobre o Problema da Praxis da Decisão Judicial*, um enigmático ensaio apologético ao nazismo *O Führer protege o Direito* (1934) e uma defesa de sua posição na Nova Alemanha (*Ex Captivitate Salus*).

Carl Schmitt censurou a antítese que o liberalismo fazia entre direito e política. Nesse sentido, pragmático, contestava o mantra que pregava que a democracia se qualificava por ser um governo de leis, e não de homens. Desprezando a democracia parlamentar, Schmitt qualificava o sistema de Weimar como um método burguês e antiquado de governo. Sua primeira e aguda crítica à Constituição de Weimar deu-se com o livro *A Ditadura*[148]. Com a marca de grande conhecedor da História, Schmitt tratou da ditadura romana, da ditadura comissária no contexto do jusnaturalistas (Bodin, Hobbes, Pufendorf, Thomasius e Wolff), da ditadura soberana, como enunciada e praticada na Revolução Francesa, atingindo o art. 48 da Constituição Alemã de 1919, que dispunha sobre o estado de exceção, tema que mais o preocupou, ao lado da legitimidade do sistema parlamentar.

Do ponto de vista histórico, Schmitt resgatou a relação entre ditadura e *estado de exceção* no contexto da República Romana. Ao que consta, entre os romanos, a ditadura era circunstância absolutamente anormal, com o objetivo de manutenção da normalidade. Em épocas de perigo (interno ou externo) apontava-se um ditador, a quem competia conduzir os negócios da República, com amplo espectro de poder. Foi outro autor alemão, o romanista Theodor Mommsen (1817-1903), quem discorreu sobre a ditadura na República Romana, e que de igual modo percebeu se tratar de um instituto político normal para momentos de anormalidade[149]. De acordo com Schmitt, a ditadura era uma questão vital para a República; o ditador não era um tirano e a ditadura não se distinguia por ser uma forma de dominação absoluta; pelo contrário, era um meio pelo qual a Constituição republicana preservaria sua liberdade e integridade[150].

---

[148] SCHMITT, Carl. *La Dictatura- Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid: Alianza Editorial, 2007. Tradução do alemão para o espanhol de José Díaz García.
[149] Cf. MOMMSEN, Theodor. *Disegno del Diritto Pubblico Romano,* Milano: CELUC, 1973, pp. 200 e ss. Tradução do alemão para o italiano de P. Bonfante.
[150] SCHMITT, Carl, *La Dictatura-*, op. cit., p. 37.

Ao analisar o referido art. 48 da Constituição de Weimar, explicitando os poderes que a Constituição garantia ao Presidente do Reich, Schmitt argumentava que ao Presidente não se facultava o exercício de prerrogativa do Poder Legislativo; o que se dispunha, efetivamente, era um "*empoderamento*" para uma situação de fato, "*em virtude da qual não era preciso levar em consideração direitos que no caso concreto se oporiam a tal atuação*"[151]. Criticava uma contradição que o texto do art. 48 suscitava, no sentido de que havia direitos para atuação no *estado de exceção*, de forma parcial, porque nem todos os direitos poderiam ser suspensos.

Carl Schmitt sustentava que o direito de vida e morte era concedido implicitamente ao dirigente no *estado de exceção*, ao passo que a suspensão da liberdade de imprensa, de menor potencial ofensivo, estava explicitamente garantida[152]. Garantia-se de modo explícito o empastelamento de jornais. Porém, apenas uma interpretação do texto constitucional autorizava que o Presidente agisse de modo mais forte; isto é, predicava-se por implícito o que necessário e inadiável, e tinha-se por explícito o que contingente e decorrente. Essa contradição, assentava Schmitt, era o resultado da combinação inadequada entre as duas formas de ditadura, a soberana e a comissária[153]. Schmitt adiantou-se, prevendo que a Constituição de Weimar continha em seus próprios termos os fundamentos de seu ulterior abandono.

Na *Teologia Política* retomou o tema da soberania entendida como prerrogativa de decisão sobre o *estado de exceção*, que não é sinônimo ou equivalente à anarquia ou ao caos; "o Estado suspende o direito por fazer jus à autoconservação (...)"[154]. Carl Schmitt problematizou a afirmação de Gehard Anschütz, para quem o *estado de exceção* não seria um problema jurídico, e sim uma questão política, matéria retomada por Giorgio Agamben muito tempo depois, no conjunto de restrições que haveria a se regular por lei "(...) o que por definição

---

[151] Ibidem, p. 260.
[152] Ibidem, loc. cit.
[153] Ibidem, loc. cit.
[154] SCHMITT, Carl. *Teologia Política,* Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13. Tradução de Elisete Antoniuk.

não pode ser normatizado"[155].

A pretensão de regularização normativa do *estado de exceção*, tal como posto no art. 48 da Constituição de Weimar, era problema antevisto por Carl Schmitt. O *Decreto do Presidente do Reich para Proteção do Povo*, também conhecido como o *Decreto do Incêndio do Reichtag*, baixado em 28 de fevereiro de 1933, como medida de combate aos inimigos da ordem então triunfante, é exemplo dessa tentativa de normalização da anormalidade. Assinado pelo *Reichspräsident* von Hindenburg, pelo *Reichskanzler* Adolf Hitler e pelos Ministros do Interior (*Der Reichsminister des Innern*) e da Justiça (*Der Reichsminister der Justiz*), o decreto foi fundamentado no art. 48 da Constituição de Weimar.

Foram suspensos os artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da Constituição. Isto é, o decreto de *exceção* suspendeu a inviolabilidade da liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio, o segredo de correspondência, a livre manifestação da opinião, o direito de reunião e de associação, bem como o direito de propriedade[156]. Esse decreto possibilitou - - normativamente - - a ascensão de Hitler, dando início a um conjunto de normas supervenientes que caracterizaram o IIIº Reich como um *estado de exceção permanente.*

Carl Schmitt opôs-se ao sistema parlamentarista da República de Weimar, enfatizando que as decisões políticas que influenciam a vida das pessoas não decorriam do debate público balanceado, realizado no Parlamento, no qual as várias opiniões e tendências eram objetivamente colhidas, com o objetivo de se tomar a melhor decisão[157]. Schmitt acreditava que decisões eram tomadas por pequenos grupos e comitês, e que a suposta plenitude do parlamento não passava de mera fachada[158].

---

[155] AGAMBEM, Giorgio, op. cit., p. 22.

[156] No original: "*Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung des Deutschen Reichs werden bis auf weiteres außer Kraft gesetzt. Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung, einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis, Anordnungen von Haussuchungen und von Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig*".

[157] Cf. SCHMITT, Carl, *The Crisis of Parlamentary Democracy,* op. cit., p. 49.

[158] Ibidem, loc. cit.

O sistema perdera razoabilidade, na medida em que não havia genuína liberdade de expressão, de reunião, de imprensa, a par da inexistência de efetivas imunidades parlamentares[159]. Segundo Schmitt os parlamentares decidiam em reuniões pequenas, a portas fechadas; decisões tomadas de acordo com a orientação de grupos de interesse capitalistas eram mais importantes e efetivas para a população do que decisões políticas resultantes de um debate parlamentar extenso e sujeito ao acompanhamento público[160].

O sistema parlamentar de Weimar foi também discutido na *Teoria da Constituição*. Schmitt tratou do art. 59 do texto constitucional alemão de 1919, deduzindo-o das fórmulas de confiança, que o *Reichstag* manteria (ou não) em relação ao Chanceler e aos Ministros. A retirada formal da confiança, por intermédio do Parlamento, teria como consequência a demissão sumária do Chanceler e de seus Ministros. Para Schmitt, a cláusula era substancialmente problemática, do ponto de vista da realidade da política; afinal, a confiança do *Reichstag* queria significar a confiança do partido detentor da maioria no Parlamento; porém, não havia na Alemanha um partido majoritário, pois segundo Schmitt, havia apenas coalizões que eventualmente se agrupavam sem levar em conta pontos de vista completamente distintos, em matérias de política interna e externa, em assuntos culturais, e em torno de problemas sociais[161].

Schmitt também se notabilizou por causa de debate a respeito da fixação de competência para o controle de constitucionalidade das normas, ou mais amplamente de uma *"justiça constitucional"*[162], célebre querela sobre a definição do *Guardião da Constituição*, que opôs Schmitt a Hans Kelsen. O art. 19 da CW dispunha que controvérsias de fundo constitucional em unidade federada na qual não houvesse tribunal específico para resolução do conflito, bem como disputas (que não fossem de natureza privada) entre diferentes unidades federadas, ou entre o governo central e as unidades, seriam decididas, mediante requerimento

[159] Ibidem, loc. cit.
[160] Ibidem, p. 50.
[161] Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución,* Madrid: Alianza Editorial, 2011, p. 433. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Ayala.
[162] Cf. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição,* Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 77. Tradução do alemão para o português de Geraldo de Carvalho.

das partes, pelo Tribunal Estatal (tradução livre do original *Staatsgerichtshof*), a menos que qualquer outro tribunal detivesse competência para tal; o Presidente do Reich cumpriria a decisão da Corte[163].

A *Weimarer Reichverfassung* dispunha, assim, que um tribunal exerceria o controle de constitucionalidade das leis, sem que se explicitasse, exatamente, a natureza difusa ou concentrada desse modelo. Carl Schmitt opunha-se a essa fórmula, argumentando que a competência para o controle de constitucionalidade deveria ser exclusiva do *Reichpräsident*. Kelsen, por outro lado, sustentava que essa prerrogativa era de um órgão *ad hoc*, concebido especial e exclusivamente para essa tarefa; eram duas concepções totalmente distintas em relação ao Estado e à Constituição[164]. A questão consistia em se definir qual órgão ou instituição deveria defender a Constituição em face de todo tipo de violações possíveis[165].

Carl Schmitt havia representado o *Reich* em importante litígio na Corte de Leipzig, referente à aplicação do art. 48 da Constituição de Weimar, a propósito da competência do Presidente do Reich para intervir na Prússia como *"defensor da Constituição"*[166]*.* Vivia-se importante momento histórico no qual se evidenciavam mudanças na compreensão da Constituição e de suas garantias[167]. Schmitt lia o art. 19 da *Weimarer Reichverfassung* de forma substancialmente limitada:

> O artigo 19 da Constituição do Reich está totalmente ligado, sistematicamente, à organização federal do Reich alemão na seção 'o Reich e os Estados'. Fala de divergências de direito não-privado entre o Reich e os

---

[163] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 19 - *"Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht, sowie über Streitigkeiten nichtprivatrechtlicher Art zwischen verschiedenen Ländern oder zwischen dem Reiche und einem Lande entscheidet auf Antrag eines der streitenden Teile der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reichs zuständig ist.Der Reichspräsident vollstreckt das Urteil des Staatsgerichtshofs".*

[164] Esse dissenso foi explorado por LOMBARDI, Giorgio. *La Polémica Schmitt-Kelsen*, Madrid: Tecnos, 2009. Lombardi, em estudo preliminar aos dois textos, *O Defensor da Constituição,* de Schmitt, e *Quem Deve ser o Guardião da Constituição,* de Kelsen, investiga no contexto dessa discussão aspectos pessoais que afastaram esses dois constitucionalistas, especialmente quanto ao afastamento de Hans Kelsen da Universidade de Colônia, supostamente por influência e atuação de Carl Schmitt.

[165] Cf. LOMBARDI, Giorgio, op. cit., p. XI.

[166] Ibidem, p. XIV.

[167] Ibidem, p. XVI.

> Estados, de divergências entre Estados e, finalmente, de divergências constitucionais dentro de um Estado. O conceito de Constituição contido nessa tripla justaposição está determinado de dois modos a partir do pensamento constitucional, por meio da organização federal do Reich e por intermédio das repercussões do tempo da luta constitucional de meados do século XIX, para a qual a Constituição era um contrato (pacto, acordo) entre governo e representação popular[168].

Schmitt alertava para um alargamento de competências, não originariamente contidas do texto constitucional. Nesse sentido,

> É inadmissível 'expandir' a competência de um tribunal do Reich, competente para resolver divergências constitucionais dentro do Reich. Isso seria uma emenda constitucional radical e, certamente, apenas admissível por via de uma emenda constitucional, toda a instituição seria radicalmente modificada em sua estrutura e à mesma instância seriam atribuídas duas funções antagônicas, uma especificamente de direito federal e uma especificamente de direito interno de um estado, incumbidas de correr lado a lado[169].

A legitimidade democrática que o voto outorgava ao Presidente do Reich justiçaria, segundo Schmitt, que o chefe do Executivo detivesse poder para dizer sobre a constitucionalidade das leis. Essa decisão - - constitucionalidade - - era fundamentalmente política, pelo que politicamente deveria ser constada e auferida. Assim,

> O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um 'apelo ao povo'. Por tornar

---

[168] SCHMITT, Carl, *O Guardião da Constituição*, op.cit, pp. 80-81.
[169] Ibidem, pp. 81-82.

> o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como politico-partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política[170].

Carl Schmitt sustentava também que o tema do controle de constitucionalidade pela Constituição dos Estados Unidos era um mito; entendia que o modelo norte-americano era autoritário [171]. O controle de constitucionalidade por um tribunal resultaria na *juridicização da política*, por intermédio do qual um método formalístico trataria de ficções abstratas e irrefutáveis; o direito seria transformado em *justiça*, em um ambiente no qual tudo seria matizado como *questão de justiça*, construindo-se a impressão de que o problema do Estado de Direito estaria solucionado: o Estado de Direito seria concebido em sentido meramente formal[172].

Adiantando-se a dificuldades de nosso tempo Schmitt observou que se todos os problemas se tornassem problemas de justiça, tudo seria reduzido a uma questão de normas, tudo seria matéria constitucional, e o tribunal que detivesse o controle da Constituição deteria o controle sobre todas as instâncias da vida[173]. Para Schmitt, não se poderia fixar um guardião para a Constituição sem que se conceituasse objetivamente do que se trataria uma divergência constitucional[174]. Além do que, toda Constituição sensata deveria possibilitar que se alcançasse a efetiva volição estatal, garantindo-se ao governo a capacidade de governar[175]; essa capacidade, pode-se inferir, ficaria limitada.

Em contraposição à tese de Schmitt, indica-se o pensamento de Hans Kelsen (1881-1973)[176]. Kelsen nasceu em Praga, estudou com Ludwig von

---

[170] Ibidem, pp. 233-234.
[171] Ibidem, p. 34.
[172] Ibidem, pp. 33-34.
[173] Ibidem, p. 57.
[174] Ibidem, p. 107.
[175] Ibidem, p. 168.
[176] Para uma síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (ed.), *Juristen,* op. cit. pp. 354-356.

Mises[177], doutorou-se em 1906 com uma tese sobre a doutrina do Estado em Dante Alighieri (*Die Staatslehre des Dante Alighieri*), lecionou na Universidade de Viena (de 1919 a 1930), cooperou na redação da Constituição da Áustria (da qual é considerado o criador), foi juiz da Corte Suprema Austríaca, (perdendo o cargo em 1929, vítima de perseguição racial, o que ocorreu também em 1933 quando perdeu a cátedra na Universidade de Colônia. Kelsen não fazia juízo positivo de Georg Jellinek (1851-1911), de quem foi aluno em 1908 em Heidelberg, conforme se lê em excerto de sua autobiografia:

> Não reservei tempo algum para assistir as aulas [em Heidelberg] e frequentei apenas o seminário de Jellinek, que não me causou nenhuma emoção especial. Tampouco tive contato pessoal mais próximo com Jellinek. Ele andava rodeado de um círculo quase impenetrável de estudantes fascinados por ele que adulavam sua vaidade de maneira inacreditável. Ainda me lembro da apresentação de um de seus alunos prediletos, que consistia em pouco mais que citações dos escritos de Jellinek. Depois desse seminário, foi-me permitido acompanhar Jellinek até em casa. No caminho ele me perguntou o que eu tinha achado da apresentação (...) Jellinek era muito melhor escritor do que professor. Ele não tolerava a menor contradição, o que eu percebi tarde demais, privando-me totalmente de sua graça. Antes de ir a Heidelberg, eu já havia estudado suas obras com maior atenção e tido a impressão de que, no campo da teoria jurídica, ele era deveras fraco e desprovido de originalidade[178].

Kelsen objetivamente impugnou Schmitt, analisando toda a argumentação lançada em favor do controle de constitucionalidade pelo Presidente do Reich:

> Para sustentar a tese de que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, frequentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição

[177] Um dos mais importantes nomes do pensamento liberal, Ludwig von Mises (1881-1973) é autor, entre outros, de importante estudo sobre a burocracia, a par de ser expressivo nome da Escola Austríaca de Economia. Conferir VON MISES, Ludwig. *Burocracy,* Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

[178] KELSEN, Hans. *Autobiografia,* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, pp. 47-48. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e de José Ignácio Coelho Mendes Neto.

> constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente. Esse funciona como um tribunal constitucional central na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação[179].

Kelsen insistia na existência de órgão com atribuição específica de controle de constitucionalidade, fixando conceitualmente um modelo que foi adotado na Áustria por influência direta do próprio Kelsen que participou dos trabalhos de elaboração do texto constitucional.

Entre os constitucionalistas da República de Weimar deve-se mencionar também Ernst Forsthoff (1902-1974)[180], para quem, em sua obra principal, *Der totale Staat*, à Constituição somente caberia fixar procedimentos, e não tratar de questões substanciais[181]. Forsthoff também se notabilizou em temas de direito administrativo, especialmente porque entendia a administração pública como uma prestadora de serviços[182].

Há, ainda Heinrich Triepel (1868-1946), que lecionou em Berlim e em Tübingen, sobressaindo-se como internacionalista, especialmente pelos estudos que publicou sobre o tema da soberania, analisando suas consequências. Triepel impugnou o monismo de Kelsen. Para Kelsen, o direito interno e o direito internacional faziam parte de um sistema normativo unificado. Para Triepel, o direito interno e o direito internacional qualificavam-se pela independência[183]. Triepel era um teórico reticente para com a democracia; perguntado ser preferia viver no absolutismo ou na democracia, teria respondido que preferia viver sob o

[179] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional,* São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 247-248. Tradução de Alexandre Krug.
[180] Para uma síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (ed.), *Juristen,* op. cit. pp. 219-220.
[181] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 25.
[182] Cf. SOSA WAGNER, Francisco, op. cit., p. 26.
[183] Cf. POSCHER, Ralf. *Heinrich Triepel.* In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (editors). *Weimar- a Jurisprudence of Crisis,* Berkeley: University of California Press, 2002, p. 172.

despotismo esclarecido de uma só pessoa do que no nunca esclarecido despotismo da multidão[184].

Por fim, uma referência a Rudolf Smend (1882-1975)[185], defensor da chamada *teoria da integração*, a partir da qual insistia que a Constituição deveria ser interpretada como um todo estrutural. Smend justificava a plasticidade e a possibilidade de alteração do texto constitucional, no contexto de uma *transformação da mensagem constitucional*, como característica própria desse tipo de texto que deriva de sua natureza de abrangência institucional[186].

O que se percebe, nessa quadra, é que os constitucionalistas da República de Weimar colocaram e discutiram várias questões que ainda são substancialmente importantes, do ponto de vista de uma teoria constitucional caracterizada por uma hermenêutica que apontava para uma força normativa efetiva da CW (embora do ponto de vista de sua eficácia social/efetividade nem sempre correspondente) que será doravante apresentada quanto aos seus conteúdos essenciais.

3.5 O conteúdo do texto constitucional

3.5.1 Notas preliminares

A CW era composta por 181 artigos. A primeira parte (arts. 1º a 108) tratava da organização e das funções do *Reich*. Uma segunda seção (arts. 109 a 149) cuidava de direitos fundamentais e dos deveres dos cidadãos alemães. Havia uma terceira seção (arts. 150 a 165), própria e heterogênea, que tratava de assuntos diversos e dispersos, que não guardavam aproximação conceitual. Nela, dispunha-se sobre monumentos artísticos e históricos (art. 150), liberdade de comércio (art. 151), proibição de usura (art. 152), direito de propriedade (art. 153), herança (art. 154), uso da terra (art. 155), desapropriação (art. 156), direito do

---

[184] Ibídem, p. 173.
[185] Para uma síntese biográfica, por todos, STOLLEIS, Michael (ed.), *Juristen,* op. cit. pp. 584-586.
[186] Cf. SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht*, traduzido para o inglês como *Constitution and Constitutional Law*, in JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (editors). *Weimar- a Jurisprudence of Crisis,* Berkeley: University of California Press, 2002, p. 248.

trabalho (art. 157), propriedade intelectual (art. 158), liberdade de associação e de trabalho (arts. 159 e 162), previdência social (art. 161), entre outros assuntos. Tratava-se de uma Constituição avançada para a época, contemplando vários arranjos institucionais copiados e assimilados por outras Constituições, a exemplo do texto brasileiro de 1934.

Embora não dotado de força normativa, importa destacar o conteúdo do eloquente preâmbulo (*Präambel)*, no qual se declarava a união do povo alemão, sob todos os aspectos, inspirado e determinado em renovar e estabelecer um espaço de vida, no qual vicejariam a liberdade e a justiça, a serviço da causa da paz, doméstica e estrangeira, com avanço do progresso social[187]. Além disso, como de hábito, um conjunto também heterogêneo de disposições transitórias fechava o texto constitucional alemão de 1919.

Essa concepção de progresso social foi central para a importância e na projeção histórica *da Weimarer Reichsverfassung,* dando-lhe feição verdadeiramente inovadora, porquanto – dentre outros aspectos – ter constituído um modelo de Estado Democrático e Social de Direito que faria oposição ao *Estado Liberal*[188]*.* Mas tais aspectos serão um pouco mais desenvolvidos logo adiante, em especial quando da apresentação dos direitos sociais na a CW.

Antes, contudo, há de se iniciar pela parte orgânico-estrutural a do texto constitucional, em especial as decisões da Assembleia Nacional em prol da república, sistema de governo, regime político, federalismo e organização dos poderes, para, na sequência, adentrar a seara dos direitos e deveres fundamentais, incluindo os direitos sociais.

---

[187] *Weimarer Reichverfassung:* Preâmbulo - *"Das Deutsche Volk, einig in seinen Stämmen und von dem Willen beseelt, sein Reich in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuern und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern, hat sich diese Verfassung gegeben".*

[188] Por todos, conferir a oposição e os dissensos entre os modelos em PONTUSSON, Jonas. *Inequality and Prosperity-Social Europe vs. Liberal America,* Ithaca and London: Cornell University Press, 2005.

3.5.2 Os princípios estruturantes: República, Democracia, Estado Social e Federação

A opção pela forma republicana de governo, chancelando assim a proclamação que se levou a efeito na data da abdicação de Guilherme II, foi de suma importância para evolução constitucional alemã subsequente. Simultaneamente, no mesmo dispositivo, ficou assente a adesão ao princípio da soberania popular, no sentido de que todo o poder estatal advém do povo[189].

No que diz com a decisão pela República, contudo, há quem sustente uma espécie de ambivalência do princípio republicano na CW, que oscilava entre uma perspectiva meramente formal e uma interpretação de caráter substantivo, dimensões que acabaram sendo complementares e não assumindo a condição de opostas[190]. Nesse sentido, além de uma superação da Monarquia pura e simplesmente, a República de Weimar implicou na instituição de uma nova ordem político-constitucional democraticamente legitimada[191], ademais de poder ser caracterizada – de acordo com Horst Dreier - como uma "República de Direitos Fundamentais"[192].

O princípio democrático – pelo menos do ponto de vista formal e para além da solene afirmação de que todo o poder emana do povo, já referida -, foi também objeto de particular atenção por parte da Assembleia Nacional, o que se pode aferir já pelo fato de as respectivas eleições terem adotado um sufrágio universal, habilitando todos os homens e mulheres com mais de 20 anos de idade para o voto, o que, para a época, praticamente não tinha precedentes nem paralelos[193].

De particular relevância, nesse contexto, é a circunstância de que a CW instituiu uma espécie de concepção mista (híbrida) de democracia, combinando

---

[189] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 1º - *"Das Deutsche Reich ist eine Republik. Die Staatsgewalt geht vom Volke aus".*

[190] GRÖSCHNER, Rolf. Republikprinzip der Weimarer Reichsverfassung und des Bonner Grundgesetzes. In: EICHENHOFER, Eberhard. *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – was ist geblieben?,* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 52.

[191] Idem, p. 53, 63-64.

[192] Cf. DREIER, Horst. Grundrechtsrepublik Weimar. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2ª ed., München. C.h. Beck, 2018, p. 175 e ss.

[193] Cf. GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Reichsverfassung*, op. cit., p. 115.

elementos representativos e de participação direta do povo, designadamente: a) eleições – sistema representativo – para o Parlamento e em separado para Presidente da República; b) previsão de iniciativa e referendum popular - *Volksbegehren*, inclusive para leis de alteração do texto constitucional, bem como c) consultas populares de natureza plebiscitária - V*olksentscheidungen*, assegurando uma diversidade de possibilidades de participação da sociedade civil nos processos decisórios[194].

Se foi, ou não, a fragilidade da democracia de Weimar e de suas instituições que acabou contribuindo – ao menos em parte - para a sua própria derrocada, será, contudo, analisado mais adiante.

No concernente ao sistema de governo adotado, este, em linhas gerais, assumiu – pelo menos de acordo com o projeto constituinte - a feição de um parlamentarismo, porém apresentava algumas peculiaridades que o distanciavam, por exemplo, do modelo paradigmático britânico, tendo em conta, dentre outros aspectos, a natureza das funções e poderes (atribuições) dos órgãos estatais – em especial do Executivo e Legislativo – e o papel dos chefes de Estado (Presidente da República) e de Governo (Chanceler - *Reichskanzler*).

Tendo em conta as eleições diretas para o Presidente da República e a natureza de suas funções, é que se passou a rotular o sistema de governo Weimariano de uma espécie de semipresidencialismo. De todo modo, ao Parlamento estava reservada a iniciativa de uma moção de desconfiança em relação ao Governo – nos termos do disposto no artigo 54, I, CW - embora a formação do Governo em si não dependesse da participação do Legislativo (artigo 53, CW[195].

Além disso, o Governo carecia da confiança também do Chefe de Estado, o Presidente da República, do que dependia tanto a nomeação quanto a permanência do Chanceler e o Presidente – eleito diretamente pelo Povo - tinha como atribuição principal a possibilidade de nomear ou demitir o Chefe de Governo

---

[194] Idem, p. 117.

[195] Cf.,para maior desenvolvimento, LÜBBE-WOLFF, Gertrude. Das Demokratiekonzept dder Weimarer Reichsverfassung. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2 ed., München: C.H. Beck, 2018, p. 116 e ss., que fala em um parlamentarismo parcial (*teilparlamentarisiertes Regierungssystem*).

e seus Ministros (artigo 53, CW), de tal sorte que se pode afirmar que o Presidente da República foi concebido pelo constituinte de 1919 como uma espécie de contraponto em relação ao Parlamento [196]. Também essa particularidade foi inserida no texto definitivo da CW por influência direta de Hugo Preuss, para quem um parlamentarismo autêntico pressupunha dois órgãos estatais substancialmente iguais na sua origem e legitimação[197]. Nesse contexto, é de se relembrar, ainda, a já referida influência de Max Weber no processo constituinte, já desde a elaboração do anteprojeto, no que diz com o papel do Poder Executivo e a sua legitimação direta e autônoma, bem como a natureza de suas funções.

Mas foi em especial a evolução da prática política das relações entre o Parlamento, o Governo e o Presidente da República o fator que de modo decisivo contribuiu para a caracterização da República de Weimar como tendo um sistema de governo semipresidencial, o que se deu já no período em que o socialdemocrata Friedrich Ebert, falecido em 1925, exercia a presidência.

De particular relevância foi o fato de que o Executivo (e isso já durante o mandato de Ebert), por meio do Presidente, lançou mão reiteradamente do expediente previsto no artigo 48 da CW[198], que autorizava o chefe de estado a, em caso de necessidade, editar decretos extraordinários (*Notverordnungen*) estabelecendo medidas para assegurar a segurança e a ordem pública. Note-se que embora o *Reichstag*, em relação ao qual o artigo 48 não podia ser manejado, detinha a prerrogativa de exigir, de modo vinculativo, a revogação das medidas presidenciais (artigo 48, 3), raras vezes fez uso de tal poder.

---

[196] Idem, p. 116 e ss. e 134 e ss.

[197] Idem, p. 134-35.

[198] *Weimarer Reichverfassung*: Artigo 48 – "*Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen. Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen. Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstages außer Kraft zu setzen. Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz*".

Além disso, para melhor ilustrar a dimensão do problema, o próprio Friedrich Ebert editou 136 medidas amparadas no artigo 48 da CW e apenas uma vez esbarrou na oposição do Parlamento, resultando na ampliação massiva do agir normativo do executivo, mesmo que se deva reconhecer que tais medidas tinham por objetivo de preservar e fortalecer a República e suas instituições contra os diversos ataques sofridos e em face das inúmeras e graves crises e agitações de diversa natureza[199].

Com a eleição, em substituição a Ebert, falecido aos 54 anos de idade, do Marechal e monarquista convicto Paul von Hindenburg, em 1925, a República de Weimar ingressou em uma segunda fase, destacando-se o fato de que von Hindenburg, tal como Ebert, levou a sério o seu juramento constitucional e reivindicou um papel ativo na formação do Governo e no exercício de suas atribuições presidenciais, em especial as de nomear (artigo 46, CW)[200], de comando geral das forças armadas (artigo 47, CF)[201] e no concernente às relações exteriores (artigo 45, CW)[202], mas também a circunstância de que, diferentemente de seu antecessor, não lançou mão, entre sua posse e 1930, de uma única medida extraordinária prevista no artigo 48 da Constituição[203].

A devastadora crise econômica inaugurada pela fatídica quebra da bolsa de New York em 1929, que na Alemanha teve efeitos ainda mais trágicos, acabou sendo determinante para o que se sucedeu nos últimos anos da primeira tumultuada experiência republicana alemã, em especial em virtude do fortalecimento dos partidos de extrema direita (Partido Nacionalsocialista) e esquerda (Partido Comunista), que em 1930 e 1932 obtiveram, respectivamente,

---

[199] Cf. KIELMANSEGG, Peter Graf. Der Reichspräsident – ein republikanischer Monarch?. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der weimarer Reichsverfassung*, 2 ª ed., Munique: C.H. Beck, 2018, p. 232-33.

[200] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 46 – "*Der Reichspräsident ernennt und entläßt die Reichsbeamten und die Offiziere, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Er kann das Ernennungsund Entlassungsrecht durch andere Behörden ausüben lassen*".

[201] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 47 – "*Der Reichspräsident hat den Oberbefehl über die gesamte Wehrmacht des Reichs*".

[202] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 45 – "*Der Reichspräsident vertritt das Reich völkerrechtlich. Er schließt im Namen des Reichs Bündnisse und andere Verträge mit auswärtigen Mächten. Er beglaubigt und empfängt die Gesandten. Kriegserklärung und Friedensschluß erfolgen durch Reichsgesetz. Bündnisse und Verträge mit fremden Staaten, die sich auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung des Reichstags*".

[203] Idem, p. 234.

18,3 e 37,4% e 13,4 e 14,6% dos votos nas eleições parlamentares, o que contribuiu decisivamente para que von Hindenburg passasse a encarar o seu papel como Presidente de modo substancialmente diferente daí para frente; o que se deu, em última análise, foi a implantação de um sistema presidial de governo tolerado pelo Parlamento, que, com as eleições de Junho 1932, resultou praticamente na ingovernabilidade do País – inclusive para o Presidente da República - dada a circunstância de que a maioria parlamentar era formada por inimigos da ordem constitucional, transformando os demais partidos numa minoria impotente[204].

A decisão por um Estado Social (na perspectiva de uma socialdemocracia), por sua vez, que já havia sido antecipada no anteprojeto de Hugo Preuss, tinha por escopo tanto combater o liberalismo econômico como de atender aos reclamos da classe trabalhadora e conter os avanços do socialismo e mesmo do comunismo, que marcaram o período da assim chamada revolução alemã e que seguiram se digladiando, em maior ou menor medida, até a tomada do poder pelos nacional-socialistas, quando toda e qualquer possibilidade de defesa do socialismo foi radicalmente reprimida.

Nesse contexto, é preciso sublinhar que as profundas transformações ocorridas na Alemanha a partir da segunda metade do Século XIX, com a duplicação da população entre 1850 e 1910, acompanhada de forte industrialização e, por sua vez, da ampliação do operariado, agudizou a assim chamada questão social, em parte mitigada pelas políticas de segurança social levadas a efeito por von Bismarck, mas que demandava uma atuação mais interventiva por parte do Estado no domínio econômico e social, tudo reforçado, na esfera da política, pelo crescimento da socialdemocracia, que se havia transformado no partido mais forte desde 1905 e assumiu condução também na Assembleia Nacional de 1919[205].

Por tais razões, o enfoque principal da CW deveria ser o seu conteúdo social, voltado a assegurar as conquistas sociais já alcançadas e implantar a justiça social, em especial de modo a garantir os direitos da classe trabalhadora, de tal

---

[204] Idem, p. 236.

[205] Cf. STOLLEIS, Michael. Die soziale Programmatik der Weimarer Reichsverfassung. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*. 2ª ed., München: C.H.Beck, 2018, p. 195-96.

sorte que – com Michael Stolleis – é possível afirmar que o programa social da CW estava fundado em dois pilares, respectivamente na distribuição de competências legislativas e administrativas na esfera da federação (que englobavam a legislação social) e num catálogo de direitos e deveres fundamentais, incluindo uma série de direitos sociais[206].

No que diz com o primeiro esteio, o da repartição de competências, a CW previa – aqui em caráter ilustrativo - que o *Reich* estabeleceria amplo sistema de segurança para manutenção da saúde e da aptidão para o trabalho, para a proteção da maternidade e para a provisão das consequências econômicas da velhice, da enfermidade e das vicissitudes da vida, mediante a contribuição geral dos assegurados[207]. No mesmo sentido, dispôs-se que o *Reich* buscaria a regulação internacional das condições legais dos trabalhadores, com o objetivo de se assegurar à classe trabalhadora um mínimo universal de direitos sociais[208]. Já o segundo pilar – catálogo de direitos e deveres sociais – será apresentado no item próprio.

Outra decisão política fundamental diz respeito à opção pela forma federativa de Estado, seguindo o modelo – embora com substanciais ajustes e novidades – da Constituição Imperial de 1871.

Na construção do regime de competências, quanto à divisão das matérias, definiu-se que a lei federal sobrepor-se-ia às leis estaduais. Em caso de dúvidas ou conflito, a autoridade federal ou as autoridades federais provocariam a Suprema Corte do *Reich*, nos termos de disciplina legal que se seguiria.[209]

Consignou-se também que a organização da Alemanha em estados atenderia aos mais altos interesses econômicos e culturais do povo alemão,

---

[206] Ibidem, p. 196-97.
[207] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 161 – *"Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherte".*
[208] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 162 – *"Das Reich tritt für eine zwischenstaatliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Arbeiter ein, die für die gesamte arbeitende Klasse der Menschheit ein allgemeines Mindestmaß der sozialen Rechte erstrebt".*
[209] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 13 – *"Reichsrecht bricht Landrecht. Bestehen Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten darüber, ob eine landesrechtliche Vorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar ist, so kann die zuständige Reichs- oder Landeszentralbehörde nach näherer Vorschrift eines Reichsgesetzes die Entscheidung eines obersten Gerichtshofs des Reichs anrufen".*

considerando-se o desejo da população interessada. Qualquer modificação no território dos estados, bem como a criação de novos estados, dependeria de lei que alterasse a Constituição, que nesse caso seria emendada. A emenda seria dispensada na hipótese de consentimento direto da unidade federal interessada. Emenda constitucional também seria dispensada no caso de desejo da população afetada e de interesse superior do *Reich*, ainda que não se tivesse obtido o consentimento do estado. A vontade da população afetada seria aferida por intermédio de plebiscito, que seria realizado após provocação de um terço dos habitantes do território, com os votos colhidos entre os legitimados para votar para o *Reichstag*[210].

Fixou-se o princípio da simetria, determinando-se que cada um dos estados deveria contar com uma constituição republicana. Os representantes do povo deveriam ser eleitos por voto universal, igualitário, direto e secreto, alcançando homens e mulheres, guardando-se o princípio da proporcionalidade eleitoral. O governo estadual dependeria da confiança dos representantes do povo, princípio básico em um regime parlamentarista. Esse modelo eleitoral deveria ser aplicado nas eleições locais. Lei estadual, no entanto, poderia condicionar a prerrogativa eleitoral aos que vivessem um ano no distrito respectivo[211].

---

[210] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 18 – "*Die Gliederung des Reichs in Länder soll unter möglichster Berücksichtigung des Willens der beteiligten Bevölkerung der wirtschaftlichen und kulturellen Höchstleistung des Volkes dienen. Die Änderung des Gebiets von Ländern und die Neubildung von Ländern innerhalb des Reichs erfolgen durch verfassungsänderndes Reichsgesetz. Stimmen die unmittelbar beteiligten Länder zu, so bedarf es nur eines einfachen Reichsgesetzes. Ein einfaches Reichsgesetz genügt ferner, wenn eines der beteiligten Länder nicht zustimmt, die Gebietsänderung oder Neubildung aber durch den Willen der Bevölkerung gefordert wird und ein überwiegendes Reichsinteresse sie erheischt. Der Wille der Bevölkerung ist durch Abstimmung festzustellen. Die Reichsregierung ordnet die Abstimmung an, wenn ein Drittel der zum Reichstag wahlberechtigten Einwohner des abzutrennenden Gebiets es verlangt (...)*".

[211] Weimarer Reichverfassung: "Artigo 17 - *Jedes Land muß eine freistaatliche Verfassung haben. Die Volksvertretung muß in allgemeiner, gleicher, unmittelbarer und geheimer Wahl von allen reichsdeutschen Männern und Frauen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden. Die Landesregierung bedarf des Vertrauens der Volksvertretung. Die Grundsätze für die Wahlen zur Volksvertretung gelten auch für die Gemeindewahlen. Jedoch kann durch Landesgesetz die Wahlberechtigung von der Dauer des Aufenthalts in der Gemeinde bis zu einem Jahr abhängig gemacht werden*".

3.5.3 Da organização dos poderes

A organização dos poderes seguiu o modelo tripartite convencionalmente adotado pelos estados constitucionais desde o seu surgimento, designadamente mediante a distribuição das funções estatais entre um poder executivo, legislativo e judiciário. No caso da CW, uma das causas de sua derrocada, ao menos de acordo com expressiva literatura, se encontra precisamente, em alguns aspectos vinculados às atribuições do Presidente da República, ao modo de formatação do sistema parlamentarista e a fragilidade das instituições democráticas num contexto de instabilidade social, política e econômica.

Quanto ao desenho constitucional do Poder Executivo, dada a introdução do sistema parlamentar de governo pela CW, foi consagrada uma distinção das atribuições do chefe de estado, concentradas nas mãos de um Presidente da República, de uma condução do governo por parte do assim chamado Chanceler do Reich (*Reichskanzler*), figura similar – mas não exatamente igual - a de um primeiro ministro, como era o caso, entre outros, da Inglaterra, já naquela quadra, o que se deve ao fato de que o Presidente da República exercia mais poder do que em geral exerce o chefe de estado num regime parlamentar típico.

Como adiantado na parte relativa ao sistema de governo, o Presidente da República era eleito diretamente pelo povo, com mandato de sete anos e passível de reeleição (artigo 41 e 43, CW), recebendo, tendo, por conseguinte, uma base de legitimação democrática reforçada em relação aos parlamentarismos convencionais, inclusive o que veio a ser adotado pela Lei Fundamental, de 1949. Aspecto digno de nota, é que o Presidente poderia ser deposto antes do término do mandato com base em consulta popular direta, provocada mediante requerimento do Parlamento, aprovado com maioria qualificada de dois terços dos votos, mas a recusa do pedido por ocasião da votação popular implicava em reeleição do Presidente e simultânea dissolução do Parlamento (artigo 43, 2).

Soma-se a isso, o fato – também já referido – de que ao Presidente da República foram conferidos, entre outros, poderes para nomear e demitir o Chanceler e os Ministros de Estado sugeridos por aquele (artigo 53, CW). Tanto o Presidente da República quanto o Chanceler poderiam ser processados perante o

Tribunal Estatal do Reich (*Staatsgerichtshof*), mediante requerimento firmado por pelo menos cem integrantes do *Reichstag* e aprovado com maioria qualificada exigida para uma alteração do texto constitucional, no caso de violação culposa da Constituição e das Leis do Império (artigo 59, CW).

Ainda no que diz com o Poder Executivo, revelou-se particularmente problemática a prerrogativa atribuída ao Presidente da República no sentido de suspender a ordem constitucional, instituindo o *estado de exceção,* assunto exaustivamente tratado por Carl Schmitt, como já se observou[212]. Dispôs-se que se o Estado não cumprisse obrigações impostas pela Constituição ou pelas leis do *Reich*, poderia o Presidente utilizar as forças armadas para cumprir as mencionadas obrigações. No caso de sério distúrbio da ordem e da segurança públicas, ou de perigo interno, o Presidente poderia tomar as medidas que julgasse necessárias, intervindo em caso de imperativo auxílio das forças armadas. O Presidente poderia suspender, nesses casos, total ou parcialmente, alguns direitos fundamentais dispostos na Constituição. Em seguida, informaria ao *Reichstag* quais as medidas tomadas, devendo suspendê-las se assim exigido por aquele[213].

O Poder Legislativo, por sua vez, foi concebido de forma bicameral: uma Câmara de Deputados (*Reichstag*) e um Senado (*Reichsrat*), este último operando como órgão de representação das unidades federadas em assuntos legislativos e administrativos[214], aquele primeiro era composto de representantes do povo alemão[215]. A competência do *Reichsrat,* no processo legislativo, consistia em

[212] Sobre o tema do estado de exceção, v., na literatura brasileira, em especial BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente*, São Paulo: Azougue, 2004.
[213] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 48 – "*Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten. Der Reichspräsident kann wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen*".
[214] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 60 – "*Zur Vertretung der deutschen Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Reichs wird ein Reichsrat gebildet*".
[215] *Weimarer Reichverfassung*: Artigo 20 – "*Der Reichstag besteht aus den Abgeordneten des deutschen Volkes*".

objetar as leis aprovadas pelo *Reichstag* [216]. Dispôs-se que os deputados representavam a totalidade do povo alemão e que estariam sujeitos apenas à própria consciência, além de não estarem vinculados de modo cogente à nenhuma determinação[217]. O mandato foi fixado em quatro anos, estabelecendo-se que novas eleições deveriam se realizar em período anterior a 60 dias do término do mandato, devendo a Câmara realizar a primeira sessão antes de passados 30 dias da eleição[218]. O *Reichstag* poderia ser dissolvido pelo Presidente da República, ainda que apenas uma vez pelo mesmo motivo; nesse caso, as novas eleições deveriam ser realizadas em até 60 dias[219].

Quanto ao Judiciário, garantiu-se a independência dos juízes, sujeitos apenas às normas legais[220]. Foram proibidos os tribunais de exceção, assentou-se o princípio do juiz natural e aboliram-se as então existentes cortes de honra militar, ainda que se tivesse mantido a possibilidade da existência de Cortes Marciais e de Cortes Militares de Juízo Sumário[221]. Consequentemente, aboliram-se as jurisdições militares, exceto em tempos de guerra ou a bordo de navios de guerra; pormenores dessa regra constitucional seriam remetidos à lei [222]. A jurisdição ordinária foi subordinada ao assim chamado Tribunal Imperial (*Reichsgericht*), bem como aos Tribunais dos estados[223]. À lei se também remeteu a criação de um Tribunal Estatal para o Império (*Staatsgerichtshof*)[224].

---

[216] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 74 - *"Gegen die vom Reichstag beschlossenen Gesetze steht dem Reichsrat der Einspruch zu (...)".*
[217] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 21 – *"Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes. Sie sind nur ihrem Gewissen unterworfen und an Aufträge nicht gebunden".*
[218] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 23 – *"Der Reichstag wird auf vier Jahre gewählt. Spätestens am sechzigsten Tage nach ihrem Ablauf muß die Neuwahl stattfinden. Der Reichstag tritt zum ersten Male spätestens am dreißigsten Tage nach der Wahl zusammen".*
[219] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 25 – *"Der Reichspräsident kann den Reichstag auflösen, jedoch nur einmal aus dem gleichen Anlaß. Die Neuwahl findet spätestens am sechzigsten Tage nach der Auflösung statt".*
[220] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 102 – *"Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen".*
[221] *Weimarer Reichverfassung: Artigo 105 – "Ausnahmegerichte sind unstatthaft. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Die gesetzlichen Bestimmungen über Kriegsgerichte und Standgerichte werden hiervon nicht berührt. Die militärischen Ehrengerichte sind aufgehoben".*
[222] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 106 – *"Die Militärgerichtsbarkeit ist aufzuheben, außer für Kriegszeiten und an Bord der Kriegsschiffe. Das Nähere regelt ein Reichsgesetz".*
[223] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 103 – *"Die ordentliche Gerichtsbarkeit wird durch das Reichsgericht und durch die Gerichte der Länder ausgeübt".*
[224] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 108 – *"Nach Maßgabe eines Reichsgesetzes wird ein Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich errichtet".*

Ponto de cimeira importância diz respeito, ainda neste contexto, à existência – ou não – de uma efetiva jurisdição constitucional na República de Weimar, problema que também diz respeito às possibilidades reais de assegurar-se a supremacia da constituição e a eficácia dos direitos e deveres fundamentais. A já referida competência do Tribunal do Reich para julgar os conflitos federativos pode, em certa medida, pode ser considerado o núcleo de um modelo de controle de constitucionalidade, o que ensejou intenso debate que opôs dois dos maiores constitucionalistas da época de Weimar, nomeadamente, Carl Schmitt e Hans Kelsen, discutindo sobre quem deve ser o *guardião da Constituição*[225].

De todo modo, diferentemente da evolução na Áustria, onde por influência e com a participação do próprio Hans Kelsen na formatação do anteprojeto de uma nova Constituição, foi instituído, mediante a previsão na Constituição de 1920, um Tribunal Constitucional com competência, no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, operar como uma espécie de "legislador negativo" (na acepção de Kelsen) na CW não se chegou a esse ponto, sendo mesmo controverso se seria possível falar da existência de uma jurisdição constitucional propriamente dita.

Todavia, considerando a existência de algumas competências dispersas e assistemáticas distribuídas entre diversos órgãos do Poder Judiciário, que de algum modo tinham algo a ver com a guarda da Constituição num sentido amplo do termo, chegou a se sustentar que sob a égide da CW se tinha algo como uma jurisdição constitucional de caráter temporário e multifacetário, não sendo incomum nem causando estranheza a concepção de que normas federais e estaduais pudessem ser controladas no respeitante à sua conformidade com o texto constitucional[226].

A mais importante manifestação da existência de um controle judicial de constitucionalidade se deu no âmbito do *Reichsgericht* (Tribunal Imperial),

[225] Sobre o debate entre os dois juristas v. o respectivo original: SCHMITT, Carl. *Der Hüter der Verfassung* 5ª ed., Berlim: Duncker & Humblot, 2016; KELSEN, Hans. *Wer Soll Der Huter Der Verfassung Sein? Abhandlungen Zur Theorie Der Verfassungsgerichtsbarkeit in Der Pluralistischen, Parlamentarischen Demokratie*, Editado por Robert von Ooyen, Tübingen: Mohr & Siebeck, 2018.

[226] Cf. DREIER, Horst. *Staatsrecht in Demokratie und Diktatur*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 63-64.

particularmente com estribo numa concepção hierarquizada do sistema normativo consagrada pelo disposto no artigo 13, I, CW, de que "Direito federal quebra direito estadual" (*Bundesrecht bricht Landesrecht*), incluindo as normas constitucionais no conceito de Direito federal, chegando o Tribunal, no âmbito de um controle incidental, a declarar a inconstitucionalidade de atos normativos estaduais em alguns (embora poucos) casos, mas também a afirmar a ilegitimidade constitucional de norma federal em um julgado emblemático de novembro de 1924[227].

Mas a CW, no seu artigo 13, II, instituiu uma inovação importante, designadamente a possibilidade de uma espécie de controle abstrato (principal) de normas com efeitos *erga omnes*, muito embora distinto do que se veio a praticar mais tarde sob a égide da Lei Fundamental de 1949, porquanto contando, em relação a este, com um rol mais amplo de legitimados ativos e um espectro mais restrito de normas passíveis de controle, designadamente, normas estaduais[228].

Outra hipótese de controle jurisdicional de constitucionalidade, já referida, estava ancorada nos artigos 19 e 108 da CW, em casos de litígio entre órgãos estaduais, entre os próprios estados e entre o *Reich* e os estados. Tal competência – além de outras, como a de julgar acusações contra o Presidente da República, o Chanceler e os Ministros de Estado - era atribuída ao assim chamado *Staatsgerichtshof* (Tribunal Estatal), que, do ponto de vista organizatório, era acoplado ao Tribunal Imperial (*Reichsgericht*). Embora a controvérsia doutrinária acerca da possibilidade em geral de um controle jurisdicional de direito federal (do *Reich*), no âmbito dos conflitos entre entes estatais o Tribunal Estatal era tido como competente para o reconhecimento da invalidade de normas federais[229].

O caso mais importante (e por várias razões altamente controverso) julgado pelo *Staatsgerichtshof* teve por objeto um litígio entre o estado da Prússia e o Reich e foi decidido em 25.10.1932, já no ocaso da República de Weimar. Tratava-se da impugnação da execução de um decreto de emergência emitido pelo *Reich* contra a Prússia com base no artigo 48, 1, da CW, que passou a ser conhecido

---

[227] Ibidem, p. 70-76.
[228] Ibidem, p. 83-87.
[229] Cf. por todos, BENDA, Ernst; KLEIN, Eckart. *Verfassungsprozessrech*t, 2 ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 2.

como *Preussenschlag*, tendo o Tribunal rechaçado parte da normativa por ser inconstitucional[230].

3.5.4 Dos Direitos e Deveres Fundamentais

3.5.4.1 Considerações introdutórias

Conforme já adiantado, o catálogo dos direitos e deveres fundamentais da primeira Constituição democrática e republicana alemã, pode ser considerado como sendo possivelmente o segmento mais significativo e influente do seu texto. Embora a CW tenha reproduzido em parte – em especial no tocante aos direitos de liberdade - o modelo da Constituição Alemã de 1848 (*Paulskirchen Verfassung*), o seu catálogo de direitos e deveres acabou sendo muito mais rico, moderno e inovador, inclusive em virtude da inserção de direitos (e princípios) sociais, econômicos e culturais. Já por tal razão (mas não apenas essa), é de se sublinhar o entendimento de Horst Dreier, ao designar a ordem constitucional de Weimar como sendo uma "República de Direitos Fundamentais"[231].

Note-se, contudo, que na fase de elaboração da primeira versão do anteprojeto, concluído em 3 de janeiro de 1919, a ser submetido à deliberação da Assembleia Nacional, não foi previsto um catálogo de direitos fundamentais, o que, contudo, acabou sendo questionado pelo conselho dos representantes populares, que exigiu sua inclusão. Diante disso, a comissão encarregada da redação do anteprojeto, alterou o texto e apresentou uma segunda versão que foi tornada pública em 20.01.19, um dia depois da eleição da Assembleia Nacional, desde logo encontrando forte resistência por diversos estados alemães e mesmo em Berlim por seu cunho centralista e unitarista[232]. Após uma primeira rodada de discussões

[230] Cf. WIELAND, Joachim. Art. 93 – A – Herkunft, Entstehung, Entwicklung. In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, Vol. III, Tübingen: Mohr Siebeck, 2000, p. 394.
[231] Cf. DREIER, Horst. Grundrechtsrepublik Weimar. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Ed.). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassun*g, 2ª ed., Munique: C.h. Beck, 2018, p. 175 e ss.
[232] Cf. SCHNEIDER, Hans. Die Reichsverfassung vom 11. August 1919. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 3ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 183-4.

e a apresentação de uma nova versão do anteprojeto pelo Governo, finalmente o texto final aprovado pelo conselho dos estados foi submetido à Assembleia Nacional, em 21.02.19, desta feita incluindo um catálogo de direitos fundamentais[233].

Contudo, a despeito da amplitude, diversidade e modernidade do catálogo de direitos fundamentais Weimariano, a eficácia jurídica e efetividade das normas definidoras de direitos e deveres fundamentais, ainda mais num ambiente marcado por forte e multidimensional instabilidade, ademais de intensos embates de natureza ideológica, foi, em boa medida, comprometida e, na perspectiva doutrinária e mesmo jurisprudencial muito controvertida e heterogênea. Mas isso, designadamente, o problema do regime jurídico e do efetivo significado e alcance dos direitos e deveres fundamentais na CW será objeto de apreciação logo mais adiante. Antes, segue a anunciada (sumária e de cunho descritivo) apresentação do conteúdo do rol constitucional de direitos.

3.5.4.2 Direitos civis e políticos

No que diz com os direitos convencionalmente chamados de civis e políticos, tanto direitos de liberdade, como de igualdade e direitos políticos, foram generosamente contemplados, avançando-se também nesse ponto em relação ao catálogo de direitos da Constituição da Igreja de São Paulo, muito embora, como já referido, acolhendo grande parte dos direitos lá contemplados.

A liberdade pessoal, incluindo a de ir e vir, foi amplamente assegurada pela CW, podendo sua liberdade ser restrita ou subtraída pelo poder público apenas com base em lei. Além disso, mais tardar no dia seguinte ao da prisão, o preso deveria ser comunicado a respeito de qual a autoridade responsável pela prisão e dos seus motivos de seu decreto, assegurando-se, ainda, sem demora, o seu direito de apresentar suas respectivas objeções[234].

---

[233] Ibidem, 184-5.

[234] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 114 - "*Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig.Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die*

No concernente às liberdades comunicativas, a CW assegurou o direito de todos os alemães, nos limites das leis gerais, à livre expressão por qualquer meio, com vedação expressa da censura, excepcionando-se as obras cinematográficas, para as quais poderiam ser editadas prescrições distintas. Além disso, a liberdade de expressão não pode ser constrangida por conta de alguma relação de emprego ou trabalho, vedada qualquer discriminação em virtude do exercício de tal liberdade. Outrossim, também com vistas ao combate do assim chamado "lixo literário" (tradução livre de *Schundliteratur*, em inglês, *trashy literature)* e para a proteção da juventude quando de espetáculos públicos eram permitidas medidas legais compatíveis[235].

Da mesma forma, garantiu-se a liberdade de reunião sem prévia autorização ou comunicação, mas reuniões promovidas a céu aberto poderiam ser, mediante previsão legal, condicionadas à comunicação do poder público. Além disso, presente iminente ameaça à segurança pública, a reunião poderia ser proibida [236] . Igualmente assegurada foi a liberdade de associação para consecução de fins que não contrariassem a legislação penal [237]. Outrossim, garantiu-se o direito à livre escolha e exercício profissional, a liberdade de associação para a manutenção e melhora do trabalho e das condições econômicas, declarando-se ilegais todos os acordos e medidas que tendessem a restringir ou obstruir essa liberdade[238].

Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen".

[235] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 118 – "*Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht. Eine Zensur findet nicht statt, doch können für Lichtspiele durch Gesetz abweichende Bestimmungen getroffen werden. Auch sind zur Bekämpfung der Schund- und Schmutzliteratur sowie zum Schutze der Jugend bei öffentlichen Schaustellungen und Darbietungen gesetzliche Maßnahmen zulässig".*

[236] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 123 – "*Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis zu versammeln. Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit verboten werden".*

[237] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 124 – "*Alle Deutschen haben das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderlaufen, Vereine oder Gesellschaften zu bilden. Dies Recht kann nicht durch Vorbeugungsmaßregeln beschränkt werden. Für religiöse Vereine und Gesellschaften gelten dieselben Bestimmungen".*

[238] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 159 - "*Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle*

Afirmou-se a inviolabilidade do domicílio, com exceções dependentes de lei[239]. À lista se acrescenta a inviolabilidade do segredo de correspondência, postal, telegráfico e telefônico, com exceções também remetidas à lei[240]. De igual modo, asseverou-se o princípio da legalidade em matéria penal, no sentido de que não se poderia apenar uma conduta sem prévia tipificação e previsão da pena[241].

Adotando-se o princípio da neutralidade religiosa do Estado, vedou-se a criação ou manutenção de um culto oficial, isto é, de uma religião ou igreja do Estado. Garantiu-se a liberdade de associação para os grupos religiosos, cuja união no território alemão era sujeita a restrições. A cada grupo religioso garantia-se o direito de regular e administrar assuntos e negócios de forma independente, nos limites das leis aplicáveis. Líderes religiosos seriam indicados pelos respectivos grupos, independentemente do Estado ou das autoridades locais. A natureza jurídica dos grupos religiosos seria fixada de acordo com as disposições do Código Civil. Direitos iguais seriam outorgados a todos as entidades religiosas, mediante requerimento, e na medida em que os atos constitutivos e quantidade de membros garantisse a continuidade da entidade. Na hipótese de fusão de várias entidades religiosas em uma pessoa jurídica, esta última seria reconhecida como tal. Na qualidade de pessoas jurídicas as entidades religiosas poderiam lançar e cobrar tributos, de acordo com as respectivas leis das unidades federadas. As associações que se dedicassem à promoção de uma filosofia comum seriam equiparadas às entidades religiosas. Dispôs-se ainda que legislação superveniente seria de competência dos estados[242].

Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig".

[239] *Weimarer Reichverfassung*: Artigo 115 – "*Die Wohnung jedes Deutschen ist für ihn eine Freistätte und unverletzlich. Ausnahmen sind nur auf Grund von Gesetzen zulässig".*

[240] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 117 – "*Das Briefgeheimnis sowie das Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis sind unverletzlich. Ausnahmen können nur durch Reichsgesetz zugelassen werden".*

[241] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 116 - "*Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde".*

[242] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 137 - "*Es besteht keine Staatskirche. Die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften wird gewährleistet. Der Zusammenschluß von Religionsgemeinschaften innerhalb des Reichsgebiets unterliegt keinen Beschränkungen. Jede Religionsgesellschaft ordnet und verwaltet ihre Angelegenheiten selbständig innerhalb der Schranken des für alle geltenden Gesetzes. Sie verleiht ihre Ämter ohne Mitwirkung des Staates oder der bürgerlichen Gemeinde. Religionsgesellschaften erwerben die Rechtsfähigkeit nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Die Religionsgesellschaften bleiben*

Nesse mesmo assunto, definiu-se que domingos e feriados seriam respeitados pelo Estado, permanecendo sob proteção legal na qualidade de dias de descanso e de aprimoramento espiritual[243]. Aos membros das forças armadas garantiu-se o necessário tempo livre para a prática de obrigações religiosas[244]. Aos membros das entidades religiosas foi reconhecido o direito de livre acesso em instalações militares, hospitais, prisões ou quaisquer outras instituições públicas, para propósitos religiosos, tanto quanto necessário para a realização de cultos ou pregações, proibindo-se, no entanto, qualquer prática de proselitismo[245].

No tema educação e escolas, dispôs-se sobre a liberdade das artes, da pesquisa científica e do ensino, garantindo-se proteção e apoio do Estado[246], a quem incumbiria a supervisão de todo o sistema educacional, responsabilidade dividida com autoridades locais; a inspeção das escolas seria feita por autoridades de alto nível, competentes, treinadas e com experiência[247]. Nas escolas seculares não haveria educação religiosa, a qual era permitida nas escolas ligadas a alguma denominação eclesiástica[248].

O princípio da igualdade foi incorporado ao texto constitucional com particular ênfase, dispondo-se que os alemães eram iguais perante a lei e que

---

Körperschaften des öffentlichen Rechtes soweit sie solche bisher waren. Anderen Religionsgesellschaften sind auf ihren Antrag gleiche Rechte zu gewähren, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten. Schließen sich mehrere derartige öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften zu einem Verbande zusammen, so ist auch dieser Verband eine öffentlich-rechtliche Körperschaft. Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerlisten nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen Steuern zu erheben. Den Religionsgesellschaften werden die Vereinigungen gleichgestellt, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Weltanschauung zur Aufgabe machen. Soweit die Durchführung dieser Bestimmungen eine weitere Regelung erfordert, liegt diese der Landesgesetzgebung ob".

[243] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 139 - *"Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erbauung gesetzlich geschützt".*

[244] *Weimarer Reichverfassung:*Artigo 140 – *"Den Angehörigen der Wehrmacht ist die nötige freie Zeit zur Erfüllung ihrer religiösen Pflichten zu gewähren"*

[245] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 141 - *"Soweit das Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge im Heer, in Krankenhäusern, Strafanstalten oder sonstigen öffentlichen Anstalten besteht sind die Religionsgesellschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen wobei jeder Zwang fernzuhalten ist"*

[246] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 142 – *"Die Kunst, die Wissenschaft und ihre Lehre sind frei. Der Staat gewährt ihnen Schutz und nimmt an ihrer Pflege teil".*

[247] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 144 - *"Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates; er kann die Gemeinden daran beteiligen. Die Schulaufsicht wird durch hauptamtlich tätige, fachmännisch vorgebildete Beamte ausgeübt".*

[248] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 149 – *"Der Religionsunterricht ist ordentliches Lehrfach der Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien (weltlichen) Schulen (...)".*

homens e mulheres compartilhavam dos mesmos direitos e obrigações. Além disso, aboliram-se os privilégios decorrentes de nascimento e de posição social. Os títulos de nobreza apenas poderiam ser utilizados como parte do nome de seus detentores, e não seriam mais conferidos. As titulações poderiam ser utilizadas apenas para indicar vocativo ou atuação, regra que não atingiria a titulação acadêmica. Ordens e distintivos honoríficos poderiam ser outorgados pelo Estado, assim como os alemães não poderiam receber títulos ou condecorações de governos estrangeiros[249]. Por fim, ainda nesse contexto, sublinha-se que a CW assegurava o direito de igual acesso de todos os alemães, observados os requisitos legais e de acordo com a sua qualificação, aos cargos públicos, afastadas todas as normas em sentido distinto destinadas às mulheres[250].

No campo da cidadania, de acordo com o artigo 110 da CW, sua aquisição e perda se dariam – tanto no âmbito do Império (*Reich*), quanto dos Estados (*Länder*) - conforme regulação prevista em lei do Reich, estabelecendo-se que cada cidadão de um Estado é também cidadão do Império, ademais de reconhecer que cada alemão têm, em cada Estado, os mesmos de direitos e obrigações que os cidadãos do próprio Estados[251].

No que diz com os direitos políticos, foi assegurada o voto livre e secreto[252], recordando-se que o sufrágio era universal e assegurado igualmente a homens e mulheres com vinte anos completos de vida, nos termos do Decreto que regulamentou as eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, editado em 30.11.18. Ainda nesse contexto, importa referir o direito (de exercício individual ou

---

[249] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 109 - *"Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. Öffentlich-rechtliche Vorrechte oder Nachteile der Geburt oder des Standes sind aufzuheben. Adelsbezeichnungen gelten nur als Teil des Namens und dürfen nicht mehr verliehen werden. Titel dürfen nur verliehen werden, wenn sie ein Amt oder einen Beruf bezeichnen; akademische Grade sind hierdurch nicht betroffen. Orden und Ehrenzeichen dürfen vom Staat nicht verliehen werden. Kein Deutscher darf von einer ausländischen Regierung Titel oder Orden annehmen".*

[250] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 128 – *"Alle Staatsbürger ohne Unterschied sind nach Maßgabe der Gesetze und entsprechend ihrer Befähigung und ihren Leistungen zu den öffentlichen Ämtern zuzulassen. Alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte werden beseitigt".*

[251] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 110 - *"Die Staatsangehörigkeit im Reiche und in den Ländern wird nach den Bestimmungen eines Reichsgesetzes erworben und verloren. Jeder Angehörige eines Landes ist zugleich Reichsangehöriger. Jeder Deutsche hat in jedem Lande des Reichs die gleichen Rechte und Pflichten wie die Angehörigen des Landes selbst".*

[252] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 125 – *"Wahlfreiheit und Wahlgeheimnis sind gewährleistet. Das Nähere bestimmen die Wahlgesetze".*

coletivo) assegurado a todos os alemães de dirigir petições ou reclamações às repartições públicas competentes e ao Parlamento[253].

3.5.4.3 Dos direitos sociais, econômicos e culturais (da ordem econômica e social)

A previsão de um alentado número de direitos fundamentais (mas também deveres) sociais na CW sempre foi tido como uma das suas mais emblemáticas e inovadoras características e foi, quando de sua elaboração e discussão na Assembleia Nacional Constituinte, uma clara reação e tentativa de resposta aos desafios de uma nova época[254].

No âmbito dos direitos sociais (aqui em sentido amplo) um dos pontos dignos de destaque é o para a época avançado e reforçado estatuto constitucional de valorização do trabalho e dos direitos do trabalhador. Além disso, calha sublinhar que é nesse contexto que a CW também enuncia um dos principais deveres fundamentais do cidadão, designadamente um dever de contribuir de modo efetivo com o seu trabalho (aqui também tomado em sentido alargado) para o bem comum. Recorrendo aqui a uma tradução livre do disposto no artigo 163 da CW, "todos os alemães, sem prejuízo de sua liberdade pessoal, têm uma obrigação moral de empregar toda força física e mental, na medida do necessário, e para o bem da comunidade". De acordo com o mesmo dispositivo, "a todo alemão deveria ser garantida oportunidade para ganho de subsistência pelo trabalho. Na hipótese de que não se encontrasse trabalho necessário e adequado, uma assistência seria garantida pelo poder público. Pormenores para aplicação dessa orientação constitucional seriam fixados por leis especiais do *Reich*[255]".

---

[253] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 126 – "*Jeder Deutsche hat das Recht, sich schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständige Behörde oder an die Volksvertretung zu wenden. Dieses Recht kann sowohl von einzelnen als auch von mehreren gemeinsam ausgeübt werden*".

[254] Cf. EICHENHOFER, Eberhard. Soziale Grundrechte – verlässliche Rechte? In: EICHENHOFER, Eberhard. *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 208-13.

[255] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 163 - "*Jeder Deutsche hat unbeschadet seiner persönlichen Freiheit die sittliche Pflicht, seine geistigen und körperlichen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert. Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm angemessene Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt. Das Nähere wird durch besondere Reichsgesetze bestimmt*".

De igual modo, fixou-se que o trabalho estaria sob proteção especial do *Reich,* a quem caberia promulgar um código uniforme para regular matéria trabalhista[256]. O *Reich* também deveria proteger o trabalho intelectual, os direitos de descoberta, os inventores e os artistas. Por meio de acordos internacionais se buscaria garantir no estrangeiro a ciência, a arte e os produtos da habilidade técnica alemã[257].

No concernente às relações de trabalho e direitos e obrigações de trabalhadores e empregadores/empreendedores, destacam-se, ainda – entre outros – o direito de livre organização e associação dos trabalhadores para todas as profissões, sendo ilícitas todas as medidas e acordos destinados ao seu impedimento ou restrição[258].

Apontava-se para fórmulas de cooperação entre patrões e empregados, em igualdade de direitos, na regulação de salários e condições de trabalho, no contexto de desenvolvimento geral da economia e das forças produtivas, reconhecendo-se os acordos feitos, por ambas associações, de capital e de trabalho[259]. Outrossim, acenava-se positivamente para a classe média que vivia da agricultura, da indústria e do comércio, mediante proteção por medidas legislativas e administrativas[260]. Havia, portanto, uma clara orientação para a aproximação e superação dos dissensos naturais e, no todo, intransponíveis entre capital e trabalho.

A CW também contemplava disposições cunho geral relativas à ordem

---

[256] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 157 – *"Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht".*

[257] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 158 – *"Die geistige Arbeit, das Recht der Urheber, der Erfinder und der Künstler genießt den Schutz und die Fürsorge des Reichs. Den Schöpfungen deutscher Wissenschaft, Kunst und Technik ist durch zwischenstaatliche Vereinbarung auch im Ausland Geltung und Schutz zu verschaffen'.*

[258] *Weimarer Reichsverfassung*: Artigo 159 - "*Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig".*

[259] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 165 - *"Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt (...)".*

[260] *Weimarer Reichverfassung:*Artigo 164 – *"Der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen".*

econômica[261]. A principal delas e uma das mais influentes em termos de sua repercussão sobre o constitucionalismo democrático e social, inclusive o brasileiro, é sem dúvida a de que a organização da vida econômica deveria atender aos princípios da justiça, observando e garantindo para todos uma vida humana digna de ser vivida, limites no contexto dos quais se garantiria a liberdade econômica individual. A coação legal somente seria permitida com o objetivo de se garantir direitos ameaçados ou como medida útil para o bem comum. A liberdade de indústria e comércio seria garantida nos termos da lei[262].

Note-se que tal disposição de abertura do capítulo da ordem constitucional econômica é tida como a expressão do programa do Estado social da República de Weimar, porquanto a CW não objetiva implementar um "socialismo modificado pela economia de mercado, mas sim, uma economia de mercado modificada pelo socialismo"[263].

Nesse contexto, consagrou-se a liberdade contratual nas relações econômicas, sujeitas - naturalmente - às disposições legais. A usura foi proibida e os contratos contrários à moral seriam considerados nulos[264]. Garantiu-se o direito de propriedade, cuja extensão e restrições seriam regulados por lei. A desapropriação seria permitida somente com vistas ao benefício social e nos limites da lei, mediante o pagamento de compensação devida, salvo disposição

---

[261] É o tema da *constituição econômica,* inclusive no contexto de um *estado de exceção econômico.* Consultar, por todos, BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente-Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

[262] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 151 – "*Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern. Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls. Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet*".

[263] Cf. HUBER, Ernst-Rudolf. *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. VI: Die Weimarer Reichsverfassung. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1981, p. 1032, *apud* EICHENHOFER, Eberhard. *Soziale Grundrechte – verlässliche Rechte?*, op. cit., p. 213 (para conferir com o original em alemão, segue transcrição literal da citação: "Die Weimarer Reichsverfassung zielte nicht auf einen marktwirtschaftlich modifizierten Sozialismus, sondern auf eine sozialstaatlich modifizierte Marktwirtschaft").

[264] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 152 – "*Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig*".

legal em contrário[265]. Garantiu-se o direito de herança, nos termos das disposições do Direito Civil[266].

O grau de solidariedade social que se destaca na CW se manifestou mediante regra emblemática, dispondo que a distribuição do uso da terra seria supervisionada pelo Estado de modo que abusos fossem prevenidos, e com o objetivo de se garantir a todo alemão uma habitação saudável, bem como a todas as famílias alemães, particularmente aquelas com muitos filhos, uma habitação que atendam às suas necessidades. Haveria regras e privilégios para aqueles que tivessem participado da guerra[267].

É nesse sentido que se tornou emblemática afirmação inscrita solenemente na CW que "a propriedade obriga (*Eigentum verpflichtet*) e sua fruição deve estar também à serviço do melhor interesse comunitário[268]. Com isso, em sintonia com o acima referido artigo inaugural da ordem econômica, a propriedade adquiriu uma indissociável dimensão social e solidária, funcionalizada pelo interesse coletivo da comunidade, o que foi posteriormente recepcionado pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Além do mais, tratava-se de orientação para que, no caso concreto, a Administração e o Poder Judiciário, realizassem uma ponderação entre o interesse individual do proprietário e o da coletividade[269].

Ainda que a CW não tivesse consagrado direta e autonomamente os direitos à saúde, previdência e assistência social, na tradição inaugurada durante o Império, por iniciativa de Otto von Bismarck, mas de modo mais – ao menos no plano constitucional – abrangente, um sistema compreensivo de seguridade

---

[265] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 153 – "*Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt (...)*".

[266] *Weimarer Reichverfassung:*Artigo 154 – "*Das Erbrecht wird nach Maßgabe des bürgerlichen Rechtes gewährleistet*".

[267] *Weimarer Reichverfassung:* Artigo 155 – "*Die Verteilung und Nutzung des Bodens wird von Staats wegen in einer Weise überwacht, die Mißbrauch verhütet und dem Ziele zustrebt, jedem Deutschen eine gesunde Wohnung und allen deutschen Familien, besonders den kinderreichen, eine ihren Bedürfnissen entsprechende Wohn- und Wirtschaftsheimstätte zu sichern. Kriegsteilnehmer sind bei dem zu schaffenden Heimstättenrecht besonders zu berücksichtigen*".

[268] *Weimarer Reichsverfassung*: Artigo 153, 3 – "*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*".

[269] Cf. STOLLEIS, Michael. *Die soziale Programmatik der Weimarer Reichsverfassung*, op. cit., p. 207.

social destinado à preservação da saúde, da capacidade de trabalho, à proteção da maternidade (esta última já prevista, inclusive na forma de um direito das mães à auxílio material do poder público no artigo 119) e prevenção das consequências econômicas da idade, fraqueza e acidentes da vida, sistema que contava com a participação dos segurados[270].

Outro ponto digno de nota é que a CW também previa o dever do Estado de proteger e zelar pelos monumentos da arte, da História, da natureza e da paisagem[271], demonstrando a preocupação com o patrimônio histórico, cultural e mesmo - ainda que de modo limitado, mas significativo para a Época - paisagístico e ambiental.

Outrossim, em que pese sediadas no capítulo da vida comunitária e não no da ordem econômica, a CW também contemplava uma série de dispositivos que, mesmo não enunciando diretamente direitos sociais, tinham por objeto a proteção não apenas do indivíduo e de seus direitos, mas também das relações familiares, assim como a concretização do valor da solidariedade e a posição destacada do interesse coletivo.

Nesse contexto, merece particular atenção, pelo seu pioneirismo, a previsão de que o casamento, como fundamento da vida familiar e garantia da preservação e ampliação da Nação, goza de especial proteção do Estado, com base na igualdade entre os gêneros, cabendo ao Estado e à comunidade zelar pela sua saúde e promoção social, incluindo a pretensão das famílias de prole numerosa de receber um auxílio adequado. Além disso, também a maternidade enseja uma obrigação de cuidado e auxílio por parte do poder público[272].

---

[270] *Weimarer Reichsverfassung*: Artigo 161 - "*Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter Schwäche und Wechselfällen des Lebens schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten*".

[271] *Weimarer Reichsverfassung*: Artigo 150 – "*Die Denkmäler der Kunst, der Geschichte und der Natur sowie die Landschaft genießen den Schutz und die Pflege des Staates. Es ist Sache des Reichs, die Abwanderung deutschen Kunstbesitzes in das Ausland zu verhüten*".

[272] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 119 – "*Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter. Die Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staats und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausreichende Fürsorge. Die Mutterschaft hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staats*".

No que diz com a proteção da infância e da juventude igualmente não há como não mencionar o dever fundamental e direito natural dos pais de educar os filhos para a vida no sentido corporal, espiritual e social, cabendo ao Estado zelar pela sua efetividade[273]. Além disso, o Estado e a comunidade devem tomar as medidas necessárias à proteção da juventude contra exploração e violação de sua integridade pessoal, moral e psicológica, sendo que medidas protetivas de natureza coercitiva apenas podem ser criadas e exercidas por e com base em lei[274]. Tendo em conta o contexto da época e o fato de que a absoluta maioria das ordens jurídicas estabelecia ou então não proscrevia um tratamento diferenciado para os filhos legítimos e adulterinos, a CW, ao precisamente proibir tal distinção (e discriminação), também nesse domínio se revelou avançada para o seu tempo[275].

3.5.4.4 Dos deveres fundamentais

Os deveres fundamentais, embora não constituíssem categoria em si nova no âmbito da evolução constitucional alemã desde primórdios do Século XIX – e também reconduzível ao pensamento político-filosófico pretérito -, alcançaram destaque sem precedentes na CW[276], sendo, contudo, previstos na mesma parte (segunda parte principal) dedicada aos direitos fundamentais, com a epígrafe genérica Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais dos Alemães (*Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen*).

Além disso, os deveres foram consagrados juntamente com os direitos no

---

[273] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 120 - *"Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht".*

[274] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 122 – *"Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen. Fürsorgemaßregeln im Wege des Zwanges können nur auf Grund des Gesetzes angeordnet werden".*

[275] *Weimarer Reichsverfassung:* Artigo 121 – *"Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern".*

[276] Cf. por todos HOFFMANN, Hasso. Grundflichten und Grundrechte. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, p. 323-331.

mesmo dispositivo constitucional ou blocos de dispositivos, em geral associados aos direitos sociais, econômicos e culturais e deveres estatais nesse domínio.

De todo modo, mesmo que boa parte dos deveres já tenham sido referidos, é o caso, de modo a assegurar uma noção mais completa, elencar aqui os mais significativos, designadamente, o dever de educação dos filhos pelos pais (artigo 120), o dever de assumir funções honoríficas (artigo 130), o dever de prestação de serviços para o Estado e sociedade, incluindo o serviço militar (artigo 133), o dever de contribuir, na medida de suas capacidades, para os encargos públicos (artigo 134), o dever de escolarização (artigo 145), os deveres sociais do proprietário (artigo 153, 3), o dever de utilização do solo pelo proprietário (artigo 155, 1), o dever moral de cada alemão de engajar suas forças físicas e mentais de acordo com as exigências do bem da comunidade (artigo 163).

Basta um superficial olhar sobre a listagem, para que se perceba o quanto os deveres fundamentais guardam estreita relação com a concepção de estado social formatada pela CW, que, pelo menos na acepção do influente teólogo, político e membro da Assembleia Nacional Constituinte, Friedrich Naumann, implicava a superação da noção liberal-individualista de direitos individuais por uma unidade de direitos e deveres[277].

É preciso anotar, que o almejado equilíbrio entre direitos e deveres careceu, ao fim e ao cabo, em grande medida de concretização no plano da realidade, sem deixar, contudo, de expressar uma fórmula de compromisso de classes (burguesia e trabalhadores) que impregnava tanto o texto constitucional quanto a evolução da República de Weimar[278].

Aspecto de grande relevo é o de que os deveres fundamentais da CW foram previstos de modo heterogêneo e com efeitos morais e jurídicos muito diferenciados entre si, sendo sua realização prática em regra dependente de uma regulamentação por parte do legislador infraconstitucional, assumindo, nesse sentido (como se deu também em termos gerais com os direitos sociais), a

[277] Ibidem, p. 331.

[278] Cf. HAEDRICH, Martina. Grundpflichten. In: EICHENHOFER, Eberhard. *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 185.

condição de normas de caráter eminentemente programático, precisamente pelo fato de não serem vocacionados para vinculação direta do legislador[279].

3.5.4.5 Notas sobre o problema da eficácia e efetividade dos direitos e deveres fundamentais

A amplitude e modernidade, aliás, o caráter mesmo pioneiro e inovador quanto a certos aspectos, do catálogo de direitos e deveres fundamentais da CW, aqui retratados de modo não exaustivo, não assegurava, contudo e por si só, a sua força normativa e capacidade de efetivação, em especial no tocante às possibilidades de recorrer ao Poder Judiciário para tal efeito. Nesse sentido, é preciso – como se fará a seguir – tecer algumas considerações sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional.

Sem que se possa (e nem se pretenda) adentrar aqui o intrincado problema da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais e do debate em torno do tema sob a égide da CW, é de se iniciar, contudo, com a corriqueira afirmação de que os direitos fundamentais e, em especial os direitos sociais, tinham baixa densidade normativa, sendo destituídas de eficácia e aplicabilidade diretas, dependendo, em primeira linha, de concretização pelo legislador, em face principalmente – mas não exclusivamente – da ausência de uma jurisdição constitucional capaz de assegurar a autoridade e supremacia da constituição[280].

Tal assertiva, no entanto, salvo em parte, não se revela como correta e desconsidera o fato de que o catálogo de direitos weimariano era composto por um leque diferenciado de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, positivados mediante preceitos de configuração e estrutura normativa bastante heterogênea, correspondendo, de tal sorte, a diferentes níveis de eficácia e possibilidade de efetivação mediante recurso ao Poder Judiciário.

Assim, se os direitos civis e políticos, os assim chamados direitos de cunho liberal clássico, eram – em regra - veiculados por normas diretamente aplicáveis, o que já tinha sido sublinhado por ocasião dos debates na Assembleia Nacional,

---

[279] Ibidem, p. 191.

[280] Cf. a lembrança de DREIER, Horst. *Grundrechtsrepublik Weimar*, op. cit., p. 175.

não podendo ser reduzidas a condição de meras normas programáticas, outros direitos, à medida em que veiculados mediante normas definidoras de fins e tarefas estatais e/ou remetendo expressamente à concretização pelo legislador, operavam, no plano constitucional, como diretivas e orientações e não como direitos subjetivos de fruição imediata aptos a serem, desde lodo, deduzidos em juízo[281]. Além disso, havia direitos cujo enquadramento em um dos dois grupos não se revelava tão evidente, destacando-se, nesse contexto, uma tendência, no seio da doutrina mais influente, de privilegiar uma interpretação mais amiga da máxima eficácia possível das normas de direitos fundamentais, o que também se verificou – embora não talvez com a mesma intensidade – na esfera jurisprudencial, em especial na prática decisória do *Reichsgericht*[282].

Note-se, ainda, que à vista da grave crise econômica e instabilidade social e política, os direitos fundamentais à época de Weimar vivenciaram uma forte crise de inefetividade, o que, como não é difícil de se inferir, se deu de modo mais significativo com os direitos sociais e econômicos, os quais, de acordo com as palavras de Eichenhofer, operavam – em regra - como ordens de legislar que em parte não chegaram a ser implementas, seja em virtude da crise econômica e instabilidade social, seja por causa da precoce perda da maioria parlamentar da coalisão que aprovou a CW e assumiu na primeira legislatura e Governo, de modo que a eficácia/efetividade dos direitos sociais acabava por depender e se confundir com a prática legislativa[283].

Isso - a dependência da concretização de direitos sociais de uma atuação legislativa – não poderia ser, contudo, tido como algo em si necessariamente (em toda sua extensão) negativo. Aliás, cuida-se do modelo absolutamente predominante no direito constitucional contemporâneo, pelo menos no sentido do não reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais com base apenas na sua previsão no plano constitucional, como dão conta, entre outros, os casos de Portugal e da Espanha, salvo no que se trata das assim chamadas liberdades e

[281] Ibidem, p. 176 e ss.
[282] Ibidem, p. 185.
[283] Cf. EICHENHOFER, Eberhard, *Soziale Grundrechte – verlässliche Rechte?*, op. cit., p. 214.

garantias dos trabalhadores e, eventualmente, algumas exceções no domínio do assim chamado mínimo existencial ou, como na Espanha, do direito à educação.

Independentemente dessa circunstância, os direitos civis e políticos, em termos gerais, eram, como já visto, reconhecidos como tendo a normatividade suficiente para ensejarem sua imediata realização pelo Poder Judiciário, ainda que inexistente uma jurisdição constitucional no sentido próprio do termo, com competências expressas para o controle, mesmo que difuso e incidental, de constitucionalidade. Aliás, a experiência francesa do Conselho de Estado já havia demonstrado, inclusive à época da República de Weimar, que a proteção das liberdades públicas (usando-se a terminologia dominante da época) pode ser realizada sem um Tribunal Constitucional, como, de resto, sói acontecer em termos generalizados Mundo afora.

3.6 A derrocada da República e da Constituição de Weimar

Como já anotado, a troca de governo operada em março de 1930 marcou o começo do fim da República de Weimar, dando início a uma fase em que se governou sem o respaldo de uma coalisão de partidos majoritária, marcada, ademais disso, por crescente instabilidade política e erosão do poder – ou pelo menos papel proativo – do Parlamento, em detrimento do fortalecimento do Presidente da República e do Chanceler, chefe do Governo.[284]

Note-se que um fator relevante para o aceleramento do processo de desestabilização foi, segundo Udo Di Fabio, a dissolução do Parlamento por von Hindenburg em 18.07.1930, a pedido do Chanceler Heinrich Brüning, com a realização de novas eleições em 14.09.1930, num clima de crescente radicalização, marcado inclusive por confrontos violentos e com vítimas fatais (entre o partido nacional-socialista e o partido comunista) o que, aliás, se deu de modo desnecessário, tendo em conta que o em si politicamente estável

[284] Cf. GRIMM, Dieter. Weimars Ende und Untergang. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Hsgb). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung,* 2ª ed., München: C.H. Beck, 2018, p. 264.

Parlamento (*Reichstag*) tinha o seu mandato garantido até 1932[285].

Além disso, calha anotar que nas eleições presidenciais de março de 1932, Hindenburg, embora sua avançada idade, se apresentou como candidato e foi reeleito, sendo provavelmente o único em condições de impedir a eleição de Adolf Hitler com maioria relativa num segundo turno de votação[286].

A nomeação, pelo próprio von Hindenburg, de Adolf Hitler como Chanceler do Reich em 30.01.1933, foi então o que se poderia designar de último ato daquilo que a esta altura já não passava mais de uma República e Democracia de fachada.

Note-se, aderindo aqui à lição de Dieter Grimm, que, embora em geral a história da República de Weimar seja dada por encerrada neste momento, do ponto de vista constitucional o que se deu – a despeito dos desenvolvimentos trágicos posteriores, convém agregar - foi apenas mais uma troca de governo de acordo com o marco normativo da CW, sucedida por mais uma dissolução do *Reichstag* (eleito em novembro de 1932) em 01.02.1933, tendo as novas eleições – as últimas que, já com limitações, ainda podiam ser chamadas de livres - sido realizadas em 05.03.1933, o que se deu já depois da queima do *Reichstag* e da conexa edição da Medida de Emergência para Proteção do Povo e do Estado, de 28.02.1933, mediante a qual foram suspensos diversos direitos fundamentais, além da intervenção do Governo central nos estados e da prisão em massa de inimigos políticos[287].

Depois das eleições, que contaram com a participação de 88,8% dos eleitores e nas quais o partido nacional-socialista, a despeito dos episódios narrados, não logrou obter a maioria absoluta, tendo obtido, contudo, a maior votação (43,9%) e o maior número de mandados (288 dentre 647), o desmonte da República e da CW não pôde mais ser contido, o que se deu, não só, mas em especial com a edição da assim chamada Lei de Empoderamento (*Ermächtigungsgesätz*) pelo *Reichstag*, em 24.03.1933, lei de alteração da CW que

---

[285] Di FABIO, Udo. *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, München: C.H. Beck, 2019, p. 179.
[286] Ibidem, p. 211.
[287] Cf. GRIMM, Dieter. *Weimars Ende und Untergang*, op. cit., p. 273-274.

transferia, sem limitação, a competência legislativa ao Governo, liberando-o da sua vinculação à constituição[288].

Na sequência, além da manutenção (contrariamente ao que fora prometido) da suspensão de direitos fundamentais, foram editadas diversas leis que, dentre outros pontos, praticamente acabaram com a separação dos poderes e com o federalismo, proibiram a formação de novos partidos políticos (o partido socialdemocrata fora proscrito em 22.06.1933 e as demais agremiações foram se dissolvendo aos poucos), dissolveram o *Reichstag* e, ao fim e ao cabo , logo após a morte de Hindenburg, unificaram as funções de Presidente da República (*Reichspräsident*) e Chefe de Governo (Chanceler – *Reichskanzler*).[289]

Com isso, por assim dizer, foi desferido o "golpe de misericórdia" contra a CW, ainda que – formalmente, convém sublinhar! - essa nunca tenha sido revogada pela ditadura nacional-socialista, razão pela qual é possível afirmar – novamente de acordo com Dieter Grimm que a data mais adequada para estabelecer o fim da CW é o 24.03.1933[290].

3.7 Considerações finais: apreciação geral e legado da CW

Pelas suas fraquezas e em face do processo que redundou na tomada do poder pelo partido nacional-socialista, liderado por Adolf Hitler, valendo-se dos instrumentos e lacunas oferecidos pela própria CW, não foram poucos os que, além de minimizar a sua relevância culparam a constituição tanto pela sua própria falência, quanto pela erosão da República e do Estado Democrático e Social de Direito projetado pela Assembleia Constituinte de 1919.

Todavia, no que diz respeito à sua superação fática, em especial no que diz com a democracia, o federalismo, a separação e poderes, o Estado de Direito e os direitos fundamentais) pela ditadura nacional-socialista, a tese de que foi a própria

---

[288] Idem, p. 274. De acordo com o artigo 76 da CW uma lei de alteração da constituição dependia da aprovação de dois terços dos parlamentares. No caso da "Lei do Empoderamento", é de se destacar que os representantes do partido comunista já haviam sido afastados e os socialdemocratas votaram em sentido contrário, o que logo adiante lhes rendeu a proibição do partido, assim como prisões e toda sorte de perseguições.

[289] Cf. GRIMM, Dieter, op. cit., p. 275.

[290] Ibidem, p. 286.

CW que pavimentou o caminho para tanto, embora reiteradamente afirmada, não é de todo incontroversa, pelo contrário, passou a ser – em parte - revista. O mesmo, aliás, vale para as apreciações depreciativas assacadas contra a CW no concernente à sua alegadamente baixa efetividade e, portanto, da sua fragilidade e défice de normatividade.

Mas certo é que o modo pelo qual as virtudes e defeitos da CW foram sendo consideradas e valoradas desde 1945 variou muito ao longo do tempo, além do fato de que sua avaliação e recepção apresenta diversas facetas e variados olhares e perspectivas[291].

Assim, por exemplo, vale invocar a posição de Michael Stolleis, seguramente o mais expressivo historiador do direito público alemão da atualidade, que na CW não houve ausência em si de mecanismos políticos adequados e eficientes para assegurar a sua efetividade; o que faltara fora um conjunto de regras não escritas, mediante as quais a classe política alemã, dividida por questões concretas e aparentemente instransponíveis, teria alternativas para a construção de uma forma mínima de consenso[292].

De qualquer sorte, o transcurso do tempo e com isso tanto o acesso a novas fontes para a reconstrução e análise histórica, ademais do ganho igualmente crescente em objetividade (distanciamento pessoal dos fatos) se revelou, também no caso da República de Weimar e da brutalidade do contexto da ditatura nacional-socialista e dos horrores da Segunda Guerra das chagas por ela deixadas, fundamental para o surgimento de análises e avaliações mais amistosas e receptivas quanto ao significado e legado também positivo da CW.

Nesse contexto, é de se sublinhar que o significado da CW e mesmo a sua menor ou maior recepção deve ser aferido tanto no concernente à evolução constitucional alemã posterior à Segunda Grande Guerra, no caso, para a concepção do próprio texto da Lei Fundamental de 1949 para a então República Federativa da Alemanha Ocidental, quanto numa perspectiva internacional, dadas

[291] Cf., por todos, WALDHOFF, Christian. Folgen – Lehren – Rezeptionen. In: DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian (Hsgb). *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatonomie der Weimarer Reichsverfassung*, München: C.H. Beck, 2018, p. 289-90.

[292] Cf. STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany,* 1914-1945, Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 60. Tradução do alemão para o inglês de Thomas Dunlap.

as múltiplas influências sobre outras ordens constitucionais de seu próprio tempo e futuras, que alcançam até mesmo a Constituição Federal brasileira de 1988, entre outras.

No caso da evolução constitucional alemã pós-1945, Christian Waldhoff aponta quatro vias de recepção da CW, designadamente: a) no processo constituinte que resultou na promulgação da Lei Fundamental de 1949; b) na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*); c) na esfera da doutrina do direito público; e d) no domínio dos debates políticos em geral[293].

Se é verdade que tanto a República quanto a CW foram considerados como uma espécie de contraponto negativo, que não deveria ser seguido, pelo menos em relação a vários aspectos importantes vinculados às suas fragilidades e à tomada do poder pelo nacional-socialismo, o fato é que em vários pontos ela acabou operando como um paradigma positivo, tendo ela servido de inspiração inclusive para as Constituições de alguns Estados alemães antes da promulgação da Lei Fundamental de 1949, além da circunstância absolutamente relevante de que a CW e a Lei Fundamental foram as duas únicas constituições alemãs de um Estado nacional democraticamente legitimadas[294].

Além disso, há que destacar a influência positiva do catálogo constitucional de direitos fundamentais da CW sobre a Lei Fundamental, exceção feita à boa parte dos direitos sociais e maioria dos deveres fundamentais, recepção que alcança também a abertura da constituição para o direito internacional, abarcando inclusive a incorporação direta e indireta de aspectos da CW, como é o caso dos dispositivos tratando da Igreja e da religião e da formatação do regime do serviço público[295].

À vista dos elementos colhidos, soa correto afirmar que a CW correspondeu a um em termos gerais avançado e mesmo original desenho constitucional num tempo marcado por intensa instabilidade de toda natureza, além de contaminado por uma polarização ideológica, que opôs as hostes nacional-socialistas,

[293] Cf. WALDHOFF, Christian, op. cit., p. 296 e ss.
[294] Ibidem, p. 306-307.
[295] Ibidem, p. 307-308.

reacionários de diferentes matizes e comunistas, que não viam na democracia um valor a ser assegurado acima de tudo. sem chances reais de frutificar e finalmente conciliar a tradição política monárquica e autoritária alemã com a democracia.

Cientes das suas não poucas fragilidades (em muito agudizadas pelo contexto social, político e econômico instável e polarizado), é possível afirmar que a CW assumiu a condição de texto constitucional inovador e mesmo fundante no que diz com o constitucionalismo social, à medida em que positivou intensa e moderna agenda de direitos fundamentais, especialmente quanto aos direitos sociais.

Além disso, sua influência na construção dos arranjos institucionais de vários outros países é de ser enfatizada. Nesse contexto, destaca-se o caso brasileiro, em especial no que diz com a adesão a um constitucionalismo social em 1934, ainda que se tenha tratado de uma constituição com vigência efêmera. Para todos os efeitos, a despeito de destinada ao fracasso, a *Weimarer Reichsverfassung* segue sendo modelar na sua condição modelo de uma constituição de um Estado Democrático e Social de Direito.

Como já demonstrado, a CW tentou acenar com um compromisso possível entre elementos liberais e sociais, marcado por intensa preocupação para com trabalhadores e hipossuficientes e com o seu foco (sem precedentes e paralelos na época) no interesse da coletividade e mesmo a sua proeminência, em vários (como no caso das dimensões do princípio da igualdade, da propriedade e dos deveres fundamentais, entre outros) em relação aos direitos e interesses individuais[296].

Assim, sem que se vá aqui promover uma avaliação minuciosa de seu significado e de sua atualidade, é de se pontuar que o baixo nível de efetividade da CW no domínio dos direitos fundamentais (mas não apenas nessa seara) não pode ser atribuído apenas à sua generosidade em matéria de direitos sociais, econômicos e culturais e repleto de normas de cunho dirigente e mesmo de natureza meramente programática, mas sim às circunstâncias peculiares de seu contexto.

---

[296] Cf. STOLLEIS, Michael. *Die soziale Programmatik der Weimarer Reichsverfassung*, op. cit., p. 200-208.

Sabe-se – e isso não apresenta nada de novo, aliás, é mesmo quase banal – que o caráter mais ou menos dirigente de uma ordem constitucional implica, para a afirmação de sua normatividade em concreto, de um concerto entre os atores estatais, de uma sólida base de legitimação política afinada com o espírito da constituição e de condições econômicas, sociais e culturais favoráveis, requisitos que não se fizeram presentes no período em que a República de Weimar efetivamente existiu, dados os graves reflexos da Primeira Guerra Mundial e, posteriormente (quando os sinais de recomposição e progresso já se manifestavam) da grande recessão econômica devida à quebra da bolsa de New York, em 1929.

Com isso não se está a dizer que tais requisitos não sejam também essenciais para a efetividade dos direitos fundamentais civis e políticos, mas, quando se trata da implementação dos programas, fins e tarefas impostos ao legislador, o compromisso deste, ante a ausência de possibilidades mais contundentes de assegurar a supremacia constitucional pela via judicial nessa seara (o que, para muitos, é sequer desejável) é ainda mais imprescindível para dar vida à constituição, inclusive – mas não só – pelas grandes limitações do Poder Judiciário, seja em termos de legitimação democrática, seja por razões de ordem prática, no sentido de ser o protagonista do processo.

Mas, mesmo à vista do exposto, os direitos fundamentais da CW – já como projeto constituinte - também já terão cumprido seu papel pelo simples fato de terem servido de inspiração direta e indireta para outras ordens constitucionais, no sentido da formatação de um Estado Social e Democrático de Direito, como possível resposta aos extremos de uma coletivização aguda e funcionalizante do indivíduo e, por outro lado, de uma economia livre de mercado descompromissada com padrões decentes de igualdade e liberdade material.

Que a transformação desse ideal em realidade não se faz apenas com textos normativos e sofisticadas doutrinas não é preciso repisar, como já referido, o que em hipótese alguma significa que a formatação de um marco jurídico-constitucional a guiar as opções políticas e seu controle e a criação e configuração adequada de um esquema organizacional e procedimental sólido e eficaz não

sigam sendo elementos centrais e estruturantes para a realização do compromisso constituinte.

O que se pode afirmar, acompanhando aqui o entendimento de Christoph Gusy, um dos grandes especialistas sobre o tema, é que "a CW foi uma constituição infeliz mas não uma constituição malograda"; "ela representou um marco para a história constitucional, mostrou caminhos e inspirou ideias", contribuindo substancialmente para a construção do Estado Democrático de Direito da República Federal da Alemanha, além de ter "mostrado chances e potencialidades da cultura constitucional e da ciência do direito do Estado para além da República, também para futuras constituições", tratando-se, ao fim e ao cabo, "com suas forças e fraquezas, de uma boa constituição num tempo ruim[297].

[297] Cf. GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung*, op. cit., p. 324-326.

CAPÍTULO 4

O ESTADO DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL E O NACIONAL-SOCIALISMO - DA DITADURA AO TOTALITARISMO (1933-1945)

4.1 Introdução. 4.2 O estado de exceção permanente. 4.3 O nacional-socialismo: Ideologia, forma e linguagem. 4.4 *O Triunfo da Vontade* como elemento iconográfico identificador da ideologia nacional-socialista. 4.5 A ordem normativa nacional-socialista e o problema do positivismo. 4.6 Gustav Radbruch e os seus cinco minutos de filosofia do direito. 4.7 O Volksgerichthof (o Tribunal do Povo) como tribunal de exceção e principal guardião (judiciário) da ordem nacional-socialista. 4.8 Os fundamentos hermenêuticos e operacionais do VGH: o *"Führerprinzip"*. 4.9 O desate histórico do nacional-socialismo e o tema da culpa.

4.1 Introdução

Com a já noticiada nomeação de Adolf Hitler, líder e um dos fundadores do *Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães – doravante PNSTA ou simplesmente Partido Nazista (Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei – NSDAP)* como Chanceler do Reich pelo Presidente Paul Hindenburg, o processo de desmonte da República e de implantação de um regime autoritário e centralizado, acompanhado da ocupação – com maior ou menor rapidez - de todos os espaços de poder na Alemanha, da aniquilação da oposição e do dissolução dos partidos políticos e, ao fim e ao cabo, da Democracia e do Estado de Direito, a CW logo (já a contar de março de 1933) encontrou o seu ocaso, embora formalmente seguisse em vigor.

Assim, o que passou a existir e fortalecer gradualmente foi a edificação de um regime ditatorial sem precedentes na Alemanha e mesmo, considerando as suas características e extensão, sem antecedentes e paralelos na Europa e no mundo ocidental. Tal processo, em relativamente pouco tempo, desembocou na criação de um regime de natureza totalitária, que – embora sua expressiva similitude com outros totalitarismos (em especial o da União das Repúblicas Soviéticas (URSS) sob a mão de ferro de Josef Stalin) – se revelou, se mostrou único em relação a determinados elementos e desenvolvimentos, marcado, dentre outros fatores, pele sua ideologia radicalmente antissemita, racista, eugênica e calcada na doutrina da supremacia e superioridade do povo germânico e do arianismo.

Do ponto de vista constitucional, o período que medeia a tomada de poder nacional-socialista e a rendição inconstitucional (08.05.1945), ocupação pelas forças aliadas vencedoras da Segunda Grande Guerra – Setembro de 1939 a Agosto de 1945 – e dissolução da Alemanha na sua condição de Estado soberano e já à época do Primeiro Império uma das principais potências do Mundo ocidental em Maio de 1945, tem sido amplamente estudado e gerado uma série de perplexidades.

O Estado nacional-socialista e a sua constituição (referimo-nos aqui a uma constituição em sentido material) configurou desde o início um estado de exceção,

caracterizado também como sendo um *Estado do Führer (líder*) - *Führerstaat*[1] - e, em especial a contar do início da Segunda Grande Guerra, protagonizada pela própria Alemanha -, pelo que alguns chegaram a designar de um "Estado dentro do Estado", um Estado SS (*SS-Staat*)[2].

A concepção de Estado, Governo e de Direito vigente durante o Regime Totalitário, estava, como já adiantado, intensamente ancorada na doutrina (ideologia) nacional-socialista, o que, no campo do Direito, se pode verificar à vista dos reflexos - dentre outros - no plano normativo (edição de leis e atos normativos), na atuação do Poder Judiciário e demais órgãos do sistema de justiça, incluindo a criação de tribunais de exceção, no exercício e limites do poder de polícia, mas também no papel exercido pela doutrina, dividida entre entusiastas, oportunistas, silentes e um punhado de críticos, dos quais vários foram silenciados e outros exilados.

Já por tal razão, mais do que inventariar a legislação, atos administrativos, decisões judiciais da época, importante apresentar os contornos gerais do estado de exceção (inclusive constitucional) que perdurou do início ao fim do regime, passando a examinar – porquanto aspecto indissociável da natureza do estado de exceção - os traços essenciais da doutrina (ideologia) nacional-socialista, seguindo com uma breve apresentação do sistema normativo e judiciário, incluindo a querela em torno da influência do positivismo e o nefasto papel da justiça de exceção representada pelo assim chamado Tribunal do Povo (*Volksgericht*), ademais de algumas considerações finais.

4.2 O estado de exceção permanente

O Estado do nacional-socialismo revelou-se, na essência, como um estado de exceção permanente, conceito e modelo de Estado e governança compreendido e estudado primacialmente como uma questão de fato e não como um problema jurídico, marcado, entre outros aspectos, por uma indeterminação entre adesão

---

[1] *Vide*, por todos, WILLOWEIT, Dietmar, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., 345 e ss.

[2] Cf. KOGUN, Eugen. *Der SS-Staat: das System der Deutschen Konzentrationslager*, Munique: Heyne Verlag, 1998.

popular e o absolutismo[3]. A exceção, contudo, logo tornou-se regra e o transitório tornou-se definitivo, resultando na aniquilação da democracia pelo totalitarismo.

Formulado conceitualmente como resultado imprescindível de um momento que é definido apenas pelo soberano, que, de acordo com Carl Schmitt, é quem decide sobre o estado de exceção que, por sua vez, assume as feições de uma ditatura constitucional marcada pelo decisionismo político [4]. Categoria originaria e ordinariamente pensada como uma dinâmica para enfrentamento de crises e emergências, marcado por elementos de integração e de desintegração de uma situação anômala e intermediária entre a guerra e a paz[5], o estado de exceção manifestou-se, no entanto, especialmente durante experiência traumática do totalitarismo nacional-socialista, como mecanismo de tentativa de uma estabilização forçada e imposta. O estado de exceção consiste em forte ameaça ao Direito e ao Estado de Direito, situação paradoxal, justamente porque o estado de exceção e a correlata ditadura constitucional foram – na visão do mesmo Carl Schmitt - concebidos como forma de proteger a ordem constitucional em risco[6].

Como visto em capítulo anterior, o art. 48 da CW dispunha que o Presidente da República poderia adotar medidas de exceção nas hipóteses de ameaça à segurança pública e à ordem, instrumento que, com a ascensão de Hitler e do nacional-socialismo e utilizando como justificativa a queima do *Reichstag,* resultou na edição de um decreto, destinado à *"proteção do povo e do Estado"*, que suspendeu os artigos constitucionais relativos às liberdades individuais, daí para frente transformando em regra o que deveria ser um estado de exceção provisório[7].

Além disso, o processo que resultou na tomada do poder nacional-socialista radica, como já adiantado, em gravíssima crise econômica, acompanhada por agudíssima crise política, tendo sido fomentado intensa e habilidosa publicidade, engendrada e liderada por Josef Goebbels, que logrou

[3] AGAMBEN, Giorgio, op. cit.
[4] SCHMITT, Carl, *Teologia Política,* op. cit., p. 7.
[5] SCHMITT, Carl, *La Dictadura,* op. cit., p. 11.
[6] Ibidem, loc.cit.
[7] KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries,* New York: Longman, 1984 p. 296.

captar a simpatia e mesmo encantar parcela expressiva da população, mediante a qual foram revertidos os desastrosos resultados obtidos pelo partido nazista nas eleições de 1930 (18,3%) atingindo a marca de 37,4% em 1932 e 43,9% em março de 1933, neste caso já depois da nomeação de Adolf Hitler como Chanceler e da midiaticamente manipulada queima do "Reichstag". Os líderes do nacional-socialismo inventaram uma propaganda totalitarista que encantava uma sociedade de massas[8]; essa propaganda enfatizava o papel de uma liderança[9], cujo principal nome – Adolf Hitler - exercia inegável carisma sobre os alemães[10].

Os arranjos institucionais no *estado de exceção* revestem-se de formulação instrumental e de aparência constitucional e legal, confundindo-se com uma realidade normativa substancialmente aceita. É nessa asserção que radica sua inequívoca força para fragmentar e desintegrar o Direito, em nome de sua defesa e de sua manutenção. Circunstância peculiar da Alemanha Nazista o *estado de exceção* se articulou em arranjos institucionais de pretensa legalidade, a exemplo do *Volksgerichthof*, o Tribunal do Povo que vicejou em uma ordem ditatorial calcada no carisma[11] e na irracionalidade de uma teoria racial excludente.

No nacional-socialismo havia um modelo jurídico em pleno funcionamento, com requintes de pormenor e de burocracia. As ordens de prisão eram sumárias. As provas dependiam da inteligência do inquiridor. Não vingava o princípio da reserva legal em toda a sua extensão. Tipificava-se por analogia. A lei penal, por exemplo, era retroativa em prejuízo do acusado. Executava-se sob qualquer pretexto. As imposições da política sufocaram o direito. Do ponto de vista da história do direito e da agenda democrática é um tempo de triste memória.

Os efeitos do regime a partir de então instaurado se sentiram de modo mais brusco na esfera penal (que se voltou também e já desde a tomada de poder contra dissidentes políticos e outros inimigos do regime) mas especialmente no que diz

---

[8] ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarism,* New York: Harvest Book, 1976, p. 341 e ss.

[9] NEUMANN, Franz. *Behemoth- The Structure and Practice of National Socialism- 1933-1944,* New York: Harper Books, 1963, p. 83.

[10] TOLAND, John. *Adolf Hitler,* New York: Anchor Books, 1992. KERSHAW, Ian. *Hitler,* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de Pedro Maia Soares. SPEER, Albert. *Inside the Third Reich-Memoirs,* London: Simon & Schuster, 1969. RICCHEZZA, Giulio. *Hitler,* Estoril: Saída de Emergência, 2015.

[11] KITCHEN, Martin. *O Terceiro Reich- Carisma e Comunidade,* São Paulo: Madras, 2009. Tradução de Marcos Malvezzi.

respeito ao genocídio (holocausto) orquestrado e organizado com rigor e eficácia burocrática da população judaica, mas também de outras minorias, na Europa ocupada pelos alemães durante a Segunda Grande Guerra, que resultou em milhões de mortos, a grande maioria nos campos de concentração e extermínio espalhados pela Alemanha e, em especial, na Europa oriental, como foi o caso, apenas para citar os mais conhecidos e com o maior número de vítimas, Treblinka e Auschwitz-Birkenau[12], e nos quais ocorreram situações-limite em termos de violência, degradação e desumanização e de indignidade, que informam vasta literatura [13] , que inclusive, de fato, explora a culpa dessa circunstância decorrente[14].

Os arranjos institucionais dessa barbárie, especialmente quanto ao ocorrido nos campos de extermínio, notadamente quando, com a derrota devastadora da Alemanha na Segunda Grande Guerra, foram constatados e divulgados todos os horrores provocados por esse abominável regime, suscitaram o tema da culpa alemã, que de algum modo foi enfrentada, no que toca ao Direito, responsabilizando-se o positivismo jurídico e mesmo a doutrina de Hans Kelsen (embora ele próprio judeu e fugitivo do nacional-socialismo) como fundamento – e escusa generalizadamente oposta pelos atores da cena jurídico-judiciária - por parte da tragédia. Trata-se, sem dúvida, de um ponto que segue desafiando o debate, a despeito de uma série de achados e novos olhares em relação ao mesmo ao longo do tempo. Ao fim e ao cabo, a pergunta de se - e em que medida - se pode associar o positivismo jurídico ao ideário nazista, no sentido do cumprimento de normas, sem discussão relativa a suas razões e efeitos, ainda não se encontra de todo respondida.

Certo é que, o nacional-socialismo e o desastre histórico por ele protagonizado, resultou em imensas perplexidades e no desespero do homem

---

[12] AMADO, Juan Antonio García. *A Lista de Schlinder, sobre abismos que o Direito dificilmente alcança,* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Tradução de Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz.

[13] RASHKE, Richard. *Fuga de Sobibor,* Porto Alegre: Inverso, 2011. Tradução de Felipe Cittolin Abal. LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. Tradução de Luigi Del Re.

[14] SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the Past,* Toronto: University of Queensland Press, 2010. JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt,* New York: Fordham University Press, 2000. Tradução de E. B. Ashton. HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições,* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

civilizado em face de tamanha barbárie[15], que, no Pós-Guerra, acabou agindo como como importante agente definidor de agenda positiva de defesa intransigente da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos[16].

Antes, contudo, de adentrarmos a apresentação e análise do sistema normativo e judiciário, bem como o papel da doutrina como expressões e instrumentos de afirmação do regime totalitário e do correspondente estado de exceção, imprescindível tecer algumas considerações sobre as premissas ideológicas nacional-socialistas, bem como alguns aspectos de natureza formal e linguística.

4.3 O nacional-socialismo - Ideologia, forma e linguagem

No núcleo da construção de uma narrativa a doutrina jurídica do nacional-socialismo apropriou-se de conceitos vagos de inspiração romântica, a exemplo *Volksgeist* (espírito do povo), *Volksseele* (alma popular), *Rassenseele* (alma da raça), *Blut* (sangue), *Boden* (solo), *Leben* (vida), *konkrete Ordnung* (*ordem concreta*), *Rechtsgefühl* (*sentimento jurídico*), *Lebensraum* (espaço vital), entre outros[17]. Esses conceitos se formatavam, principalmente, a partir de ideias, também vagas, vazadas em *slogans* e gritos de guerra, como o da pureza racial, o combate ao perigo "vermelho" bolchevista e à conjuração judaica, que associavam ao ressentimento em face derrota alemã na Primeira Guerra Mundial, traduzido e difundido mediante o recurso à imagem romantizada e imprecisa de uma *punhalada nas costas- der Dolchstoss in den Rücken* representada pela imposição das condições contidas no Tratado de Versalhes à Alemanha (1919) já completamente desmobilizada depois do armistício que encerrou com a Guerra, em 1918.

[15] Entre tantos outros, conferir, SCHLIE, Ulrich. *Die Denkmäler der Deutschen,* Köln e Bonn: Goethe-Institute Inter Nationes, 2000, especialmente pp. 85-121, *Hybris und Nemesis- In nationalsocialistischer Zeit.*
[16] Conferir DÖRNER, Bernward. *Die Deutschen und der Holocaust- Was niemand wissen wollte, aber jeder wissen konnte,* Berlin: Ullstein Buchverlage GmbH, 2007.
[17] ZAFFARONI, E. Raul. *Doctrina Penal Nazi- La Dogmatica Penal Alemana entre 1933-1945,* Buenos Aires: Ediar, 2017, p. 58.

Ao direito o nacional-socialismo destinou uma função subordinada[18], o que revela concepção própria de uma nova ideia de normatividade. Os juristas do III º Reich esforçaram-se para identificar esse novo direito com a ideologia triunfante do nacional-socialismo. Nesse sentido, percebe-se a elaboração de uma nova teoria das fontes, de uma nova teoria da interpretação, adaptada às necessidades de quem estava no poder, bem como de uma assimilação de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados como instrumentos transformadores do velho direito[19].

Essa última situação pode ser bem ilustrada mediante recurso ao conceito de nacionalidade, tal como exposto em Karl Larenz, no sentido de que nacional seria categoria reservada a membro do povo, definido como pessoas de sangue alemão (ariano) [20]. Em outras palavras, na doutrina nacional-socialista o não-cidadão alemão somente poderia viver na Alemanha como "hóspede", submetido a uma legislação aplicável a estrangeiros, de acordo com o programa do partido[21].

Uma nova doutrina das fontes agregava à concepção de direito aspectos de ideologia, política, costumes, tradição e moral, que se tornaram categorias não distintas da normatividade[22]. Nesse ponto, pode-se afirmar que não há vínculos estruturantes entre a doutrina de tradição positivista e o direito nacional-socialista. Pragmaticamente, abandonou-se a essência de uma teoria pura mediante a incorporação de vários elementos estranhos ao direito, afastando-se a interpretação do direito dos pontos centrais do pensamento kelseniano.

A ideologia, e não a lei, passa a ser o princípio diretivo da aplicação do direito [23] , o que afasta qualquer comprometimento com uma determinada concepção positivista como base da ordem jurídica nacional-socialista, ainda que a escusa do cumprimento estrito de ordens superiores e da lei tenha sido

---

[18] RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich,* Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 54. No original, RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht- Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich,* München: C. H. Beck, 1989.
[19] Ibidem, p. 55.
[20] LARENZ, Karl. *Grundfragen der neuen Rechtswissenshaft*, Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1935, pp. 225 e ss. O assunto também é tratado em RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich,* op. cit., p. 114.
[21] RÜTHERS, Bernd, op. cit., p. 115.
[22] Ibidem, p. 58.
[23] Ibidem, p. 70.

frequentemente manejada. Note-se que, mesmo em outro contexto e em obra totalmente dissociada dos enunciados do nacional-socialismo, o próprio Karl Larenz reconhecia o abandono do positivismo pela ciência jurídica alemã na primeira metade do século XX[24].

Como base, articulou-se a ideia de *comunidade do povo* (*Volksgemeinschaft*) como fonte fundamental do direito. O instrumento dessa comunidade seria o Estado, o qual se expressaria mais concretamente na pessoa de seu líder maior, o *Führer*[25]. A Constituição de Weimar, por sua vez, era um problema a ser contornado. Hans Frank, em pronunciamento na *Akademie für Deutsches Recht,* enfatizou que a Constituição de Weimar deixara de ser o parâmetro e fonte interpretativa das questões jurídicas então postas, ainda que não formalmente abolida[26]. Frank fora advogado pessoal de Hitler, atuando no caso da origem do pai do *Führer*, por ocasião de acusações de que era um filho extraconjugal, de suposta origem judaica[27]. Frank, aliás, tentou o suicídio na prisão, ao longo do Julgamento de Nuremberg, convertendo-se ao catolicismo um pouco antes da sua execução.

Frank pretendia solucionar o problema levantado pela aplicação da Constituição de Weimar formulando um sistema de fontes composto pelas leis do Reich relativas à estrutura do Estado, pelas práticas jurídicas do Reich e do partido, bem como pelas ordens diretas do *Führer,* a exemplo da Lei de Comissariado para a Áustria[28]. Toda a interpretação do direito deveria ser inspirada pelas linhas básicas do nacional-socialismo[29].

Para Rudolf Huber, prestigioso constitucionalista do Reich, os direitos individuais de Weimar não estavam simplesmente suspensos. Não se poderia falar em mera perda transitória de vigência. Para Huber, os direitos individuais fixados pelo texto de Weimar foram de fato suprimidos por sua absoluta incompatibilidade

---

[24] LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito,* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983, pp. 97 e ss. Tradução de José Lamego.
[25] ZAFFARONI, E. Raul. *Doctrina Penal Nazi- La Dogmatica Penal Alemana entre 1933-1945*, cit., p. 78.
[26] Ibidem, pp. 85 e ss.
[27] Ibidem, p. 85.
[28] Ibidem, p. 87.
[29] RÜTHERS, Bernd, op. cit., p. 70.

com a cosmovisão do partido nazista[30]. Isso pode ser bem ilustrado pela guinada principiológica do direito penal, que, a partir do episódio do incêndio do *Reichstag*, abandonou o "*nulla poena sine lege*" em troca do "*nullum crimen sine poena*"[31].

De acordo com o novo modelo interpretativo definia-se que as decisões deveriam ser rápidas e claras, como se o próprio *Führer* estivesse decidindo, esforçando-se para que os destinatários percebessem que se falava de direito[32]. A liderança providencial do *Führer,* também sistematizada no programa do partido, encarnava um caráter nacional racialmente determinado, traduzido na forma de um "sadio sentimento popular"[33]. Em 1936, por ocasião de um conclave de juristas alemães de inspiração nacional-socialista (*Deutscher Juristentag*) os participantes marcharam para o *Reichsgericht* (Tribunal do Reich) com palavras de ordem no sentido de que *"a vontade do Führer é a lei do povo"[34].*

Um vocabulário distinto passou a identificar a ordem nacional-socialista, com fortíssimos efeitos na construção de uma linguagem autoritária e obcecada com as razões políticas da ordem então dominante. É o que se identifica nos estudos de Victor Klemperer (1881-1960), filólogo, que viveu na Alemanha, mas foi atormentado pela perseguição do nacional-socialismo. Klemperer era judeu, mas o fato de ser casado com uma alemã lhe garantiu que sua prisão e execução fossem recorrentemente postergadas, acabando por sobreviver. Deixou-nos um estudo sobre os usos da língua alemã pelos nacional-socialistas: *LTI: Lingua Tertii Imperii[35]*, isto é, a *Língua do Terceiro Reich*. Concluído em Dresden no Natal de 1946, trata-se de um estudo de filologia aplicado à ciência política.

Klemperer, que lecionava na Alemanha, percebeu que os alunos que aderiam às ideias de Hitler falavam de um modo muito próprio, que os identificava, criando um sentido de grupo e de pertencimento. Para Klemperer, o nacional-socialismo se consolidou efetivamente quando dominou a linguagem. Fixou-se

---

[30] Cf. ZAFFARONI, E. Raul, *Doctrina Penal Nazi- La Dogmatica Penal Alemana entre 1933-1945*, op. cit., p. 88.

[31] Ibidem, p.88.

[32] RÜTHERS, Bernd, op. cit., p. 53.

[33] Ibidem, p. 59.

[34] Ibidem, p. 77.

[35] KLEMPERER, Victor. *LTI- a Linguagem do Terceiro Império,* Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. Tradução de Miriam Bettina Paulina Oelsner.

um ideal de heroísmo, como prerrogativa de raça. Como em todas as ditaduras, alterou-se o sentido das palavras e a frequência como eram utilizadas, impondo-se valores e visões de vida.

Segundo Klemperer, a pobreza dessa linguagem era gritante. Simplificavam-se as estruturas sintáticas, de modo que substantivos e adjetivos tendiam a se confundir. A língua falada pelos membros do nacional-socialismo, que Klemperer denominou de *LTI*, era a língua do fanatismo das massas, instrumento de doutrinação, utilizada para fanatizar e para sugestionar. Proliferavam expressões que remetem à ideia de povo, como festa popular, concidadão, compatriota, conterrâneo, próximo do povo, popular, estranho ao povo, provindo do povo.

A linguagem do nacional-socialismo alterava a pontuação, exagerava aspas irônicas e multiplicava siglas. Gestapo, SS, SA, NSDAP, e tantas outras passaram a ser substantivos de identificação comum. Os cartazes espalhados por todo o país acrescentavam a essas siglas uma estética de refinamento físico e de juventude idílica. Regimes totalitários tem estética e linguagem que os marcam ostensivamente.

De modo a ilustrar com um exemplo emblemático a força retórica e simbólica da doutrina nacional-socialista e o recurso à uma determinada estética para a sua glorificação, seguem algumas considerações em torno do contexto e da concepção do que foi considerado a “obra prima” cinematográfica da época, ainda hoje objeto de estudos, produzida e dirigida por Leni Riefenstahl, intitulada *O Triunfo da Vontade*.

4.4 *O Triunfo da Vontade* como elemento iconográfico identificador da ideologia nacional-socialista

A propósito de esforço para se identificar as linhas gerais da ideologia nacional-socialista, é de lembrar a forte simbologia que justificou que o julgamento contra os principais líderes nazistas fosse realizado na cidade de Nuremberg. Situada na região da Francônia, ao norte da Baviera, Nuremberg é uma cidade medieval, com muita tradição. Em Nuremberg viveu Albrecht Dürer, um dos

mais importantes pintores renascentistas. Em Nuremberg, também, foram realizadas as mais inflamadas reuniões do partido nazista.

A cidade associou seu nome à presença recorrente de Hitler e dos principais líderes do nacional-socialismo. Nuremberg é triste memória do culto ao Führer e ao frenesi com o qual o nacional-socialismo envolveu toda a Alemanha e de modo mais particular a população local. Essa relação justifica a escolha da cidade como cidade do tribunal. Tem-se uma ligação simbólica e pedagógica, que não pode passar despercebida do ponto de vista historiográfico.

A devoção e a histeria da cidade para com o nacional-socialismo estão fotografadas em "*O triunfo da vontade*", filme de 1935, dirigido por Leni Riefensthal. A diretora era uma jovem cineasta de 33 anos. Entre outras razões, por conta desse filme, Leni teve seu nome associado ao nazismo até sua morte, em 2003, aos 101 anos. Quando faleceu, observou-se que morria a última pessoa famosa ligada ao nacional-socialismo. No fim da guerra permaneceu quatro anos confinada em um campo de concentração dirigido pelos franceses. Definida, ao final, como "simpatizante" foi colocada em liberdade. Leni não se recuperou do vínculo. Viveu como fotógrafa. Muita ativa, dedicou-se à fotografia submarina, já aos 80 anos de idade.

"O triunfo da vontade" é um relato da convenção do partido nacional-socialista realizada em Nuremberg em 1934. Mostra-se como um poderosíssimo artefato de propaganda, muito ao gosto do partido, que nesse departamento era conduzido pelo enigmático Joseph Goebbels[36]. "O triunfo da vontade" certamente concentra o maior número de suásticas e de estandartes nazistas jamais visto. É um documentário sobre a histeria coletiva. Presta-se para estudos de ciência política, em tema de autoridade derivada do carisma, uma das categorias definidas e estudadas por Max Weber.

Com o benefício do retrospecto, e para os efeitos do presente livro, "O triunfo da vontade" pode ser pensado em vários aspectos. "O triunfo da vontade" é um épico da propaganda. É a comprovação de que o cinema era uma arma de guerra de fortíssimo impacto. "O triunfo da vontade" constrói-se em torno de um absoluto

---

[36] MANVELL, Roger; FRAENKEL, Heinrich. *Doutor Goebbels, Vida e Morte,* São Paulo: Madras, 2012. Tradução de Alexandre Trigo Veiga.

culto à personalidade de Hitler. Todas as sequências e planos são construídos com o fim de glorificá-lo e de comprovar uma absoluta e inquestionável adesão à sua pessoa.

Não há mensagem objetiva ou esclarecedora de um programa de ação, por parte dos oradores nacional-socialistas que desfilam e berram ao longo do filme. “O triunfo da vontade” passa a ser mais um slogan no emaranhado de frases proferidas pelo líder maior e pelo grupo que estava a seu lado. Isoladas, as frases e cenas não fazem o mínimo sentido. Todavia, “O triunfo da vontade” sugere uma concepção de conjunto, grandioso e grandiloquente. É uma peça de propaganda.

Leni Riefensthal montou as sequências fixando uma narrativa que parte das nuvens e que apoteoticamente se encerra com um discurso inflamado. Do alto das nuvens que se amontoam surge uma figura que a cineasta pretende divinizar: é o Führer. Leni Riefensthal explorou a fixação germânica com a poesia dos céus. Tem-se a impressão de que sugere a presença das Valquírias, deusas guerreiras que conduziam os guerreiros germânicos para o Valhala, um paraíso destinado aos fortes e inquebrantáveis, às quais Richard Wagner, compositor que a tradição historiográfica aproxima do nazismo, porquanto este se apropriou da obra do compositor, que traduziu esse efeito simbólico em seu “A cavalgada das Valquírias” (*Ritt der Walküren*), parte inicial do terceiro ato da ópera A Valquíria, que integra o ciclo “O Anel dos Nibelungos” (*Der Ring des Nibelungen*).

A histeria na chegada de Hitler é impressionante. Ele chega no aeroporto, onde uma multidão o espera. Segue até o centro da cidade, sendo aplaudido entusiasticamente ao longo de todo o caminho por milhares de pessoas. De repente, o motorista do automóvel freia, deixando uma mãe com sua criança se aproximarem. Entregam um buquê de flores a Hitler. Leni Riefensthal o humaniza. Há crianças por toda parte. Choram. Se escabelam. Pela noite, há tochas e música militar. Tambores.

Na manhã seguinte Leni Riefensthal nos mostra os meninos da Juventude Hitlerista. Divertem-se e há um culto ao corpo. Na próxima sequência, a população local, em trajes tradicionais, protagoniza um curioso desfile. Apresentam exemplares da colheita. Crianças sorriem e comem maças. Leni Riefensthal segue

com um momento mais solene, a gigantesca sala de conferências do Partido Nacional-Socialista.

Há observadores estrangeiros no encontro. Leni Riefensthal fotografa em primeiro plano representantes da Itália e do Japão. Alfred Rosemberg, filósofo e guru do nacional-socialismo vocifera contra a imprensa. Julius Streicher, virulento antissemita, fala em pureza racial. Hans Frank, o jurista do regime, sobre quem acima se comentou, fala em justiça do povo como único indicativo de uma justiça verdadeira. Joseph Goebbels, o articulador de toda a propaganda (que por certo está na concepção do filme) lembrava exaltado que o regime deveria ganhar o coração das pessoas. Hitler discursa em seguida, propondo que se valorizasse o trabalhador camponês.

Leni Riefensthal retoma sequências na cidade, intermináveis desfiles. Uma loucura coletiva. Homens, mulheres, velhos, velhas, crianças, adolescentes. A "parada dos passos da guarda negra" parece macabra. Cantam. Mais tambores. Clima de exaltação. Mostra-se a cerimônia de encerramento. Hitler, exaltado ao limite, berra que somente os mais destacados adeptos do nacional-socialismo serão membros do partido.

Reafirma os dogmas centrais, que se reduzem na obsessiva ideia de construção de uma grande Alemanha, que deveria pairar acima de tudo (*Deutschland über alles*). A frase foi retirada de uma antiga letra de música de autoria de August Heinrich Hoffmann von Fallersleben, a chamada *Canção dos Alemães* (*Das Lied der Deutschen*). A melodia foi adaptada de uma peça que Joseph Haydin compôs em homenagem ao Imperador Francisco I, da Áustria.

4.5 A ordem normativa nacional-socialista e o problema do positivismo

O que se tem de objetivamente aferível é que a ordem normativa nacional-socialista quebrou uma tradição constitucional de fundamentação positivista, deslocando-se do epicentro moral de uma norma fundamental hipotética. A herança constitucionalista alemã sofreu, ao longo do III º Reich, uma radical solução de continuidade, mediante uma imaginária justificação positivista, o que engendraria paradoxo inexplicável.

Nessa lógica, o respeito à norma jurídica (*Rechtsnorm*) teria impedido a indagação da proposição justificativa da lei (*Rechtsstaz*). Argumentar-se-ia, assim, que a tradição fora quebrada. Na impressão de Ian Kershaw, quando as normas legais se adequavam aos propósitos da liderança, eram exibidas; quando criavam obstáculos, eram contornadas, ignoradas ou simplesmente descartadas[37]. Não há, portanto, como se sustentar que a ordem nacional-socialista era essencialmente positivista.

O nacional-socialismo efetivamente representou uma retomada do jusnaturalismo[38], com transformações de ordem moral, radicalizando-se o afastamento para com o positivismo, enquanto teorias compreensivas do direito. Esse último modelo - o positivismo - foi forçosamente identificado com a ordem derrotada na guerra. A alegação de que o assalto à civilização perpetuado pelo nacional-socialismo decorrera tão somente do cumprimento de ordem legal (e maliciosamente invocada como legítima) foi o mantra que marcou a defesa da cúpula nazista no processo de Nuremberg[39].

O positivismo, nesse sentido substancialmente negativo, foi costurado à ordem política e institucional responsável pelo holocausto. Foi necessária a concepção de um arranjo institucional de superação. Apelou-se para o jurista Gustav Radbruch[40], no contexto da chamada *fórmula de Radbruch*, segundo a qual existe possibilidade (e necessidade) de se fazer justiça, retroativamente, mesmo nas hipóteses nas quais crimes foram cometidos no contexto e limites da mais completa legalidade, o que voltará a ser objeto de referência mais adiante[41]. O fato é que os delitos do III º Reich foram tão hediondos que a punição retroativa se mostrou legítima e aceitável[42].

Identificado como uma oposição ao direito natural, o positivismo jurídico centra-se na locução *direito positivo*, de uso relativamente recente na tradição

---

[37] Cf. KERSHAW, Ian, *Hitler,* op. cit.
[38] Por todos, STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*, Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011 e FULLER, Lon L .*The Morality of Moral,* New Haven and London: Yale University Press, 1979.
[39] Conferir MASER, Werner. *Nürnberg- Tribunal der Sieger*, Düsseldorf-Wien: Econ Verlag, 1977.
[40] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito,* Coimbra: Armênio Amado Editora, 1979, especialmente pp. 347 e ss. Tradução de Cabral de Moncada.
[41] SCHLINK, Bernhard, *Guilt about the past,* op. cit., p. 59.
[42] Ibidem, p. 63.

jusfilosófica ocidental[43]. Não há vínculos históricos ou objetivamente conceituais com o positivismo de feição sociológica, como desenvolvido em Augusto Comte, formado nas disciplinas da Escola Politécnica francesa, fundador de uma disciplina, a Sociologia, que como objeto de estudo teria como centro a totalidade da espécie humana[44]. Para o pensador francês criador do positivismo filosófico, a *Sociologia* seria uma *Física Social*, ciência com objeto próprio, preocupada com o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, submetidos a leis naturais invariáveis[45]. As semelhanças com o positivismo jurídico param por aí.

Uma relação de contrariedade para com percepção de direito natural identifica o eixo temático que caracteriza o positivismo jurídico. Por questão de simetria cunhou-se o termo *juspositivismo*, em oposição a *jusnaturalismo*[46]. À universalidade e imutabilidade do jusnaturalismo opor-se-ia a contingência do juspositivismo; à utilidade desse último confrontar-se-ia com a moralidade daquele primeiro. Assim, com base em tradição que remontaria aos escritos do Apóstolo Paulo, o direito positivo estabeleceria aquilo que é *útil*, enquanto o direito natural disporia sobre o que é *bom*[47].

O positivismo jurídico defende concepção monista, identificando o Direito com o Estado, apontado como o detentor exclusivo da monopolização da produção normativa. Formalismo e imperativismo informam o monismo jurídico estatal. O Direito ficaria resumido a mero comando, desprezando-se seu conteúdo e seus fins. A certeza jurídica, informadora de relações sociais supostamente calcadas na segurança de conteúdos normativos previsíveis orientaria mundo social que caminharia para o melhor dos mundos possíveis.

Esse louvado princípio da certeza do Direito decorria de paradigma racional e instrumental, que emergia das premissas de separação dos poderes. Limita-se a criatividade do intérprete da lei, a quem o positivismo jurídico outorgaria o papel

---

[43] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico,* São Paulo: Ícone, 1995, p.15.
[44] ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico,* São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 75.
[45] COMTE, Auguste. *Sociologia,* São Paulo: Ática, 1989, p. 53.
[46] TROPER, Michel. *Positivismo.* In: André-Jean Arnaud. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 608.
[47] BOBBIO, Norberto, op. cit. p. 23.

de simples protagonista da vontade do legislador, engendrando-se fetichismo que empolgou muitas gerações de juristas. Direito e lei escrita passam a ser identificados ontologicamente, sufragando-se o respeito pelo princípio da autoridade.

Resultante da tradição iluminista, o positivismo radicaria na premissa de que instrumentalizaria a saída do homem de sua menoridade, de que ele próprio seria culpado[48]. Um materialismo dogmático centrado no culto à razão faria uso dos instrumentos da racionalidade, embora sem aceitar as consequências da opção[49].

Questiona-se a existência de verdade neutra e objetiva; é que podem existir verdades que resultam de ponto de vista particular, vinculado a certas convicções políticas e religiosas[50]. A pureza científica pode ficar relegada à condição de instrumento a serviço de objetivos que transcenderiam à própria ciência[51]; é o que efetivamente teria ocorrido com a experiência histórica do nacional-socialismo.

A denúncia ao positivismo jurídico é mais um aspecto que informa a crítica à razão instrumental[52], ensejando-se o criticismo dos pensadores da Escola de Frankfurt, para quem o iluminismo é totalitário[53]: o positivismo também o seria. O positivismo jurídico estaria centrado na garantia da ordem, da segurança e da estabilidade. É nesse sentido que essa linha fora identificada com a experiência política alemã entre 1933 e 1945. O positivismo, pode, no entanto, ter sido apenas um argumento por parte dos que se defenderam em face do Tribunal de Nuremberg e dos processos que vieram depois.

Quando havia antinomia entre a autoridade da lei antecedente e poder carismático do Führer, este último absorvia a primeira. O poder do Estado era a vontade do Führer, que comandava a nação, de quem recebera os símbolos, a

---

[48] KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos,* Lisboa: Edições 70, s.d., p. 11.
[49] CASSIRER, Ernst. *The Philosophy of the Enlightenment,* Princeton: Princeton University Press, 1951, p. 67.
[50] LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social,* São Paulo: Cortez, 2000, p. 71.
[51] LÖWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen,* São Paulo: Cortez, 1994, p. 33.
[52] SAUL, John Ralston. *Voltaire's Bastards- The Dictatorship of Reason in the West,* Ontario: Penguin, 1993, p. 108.
[53] HORKHEIMER, Max; Adorno, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment,* New York: Continuum, 2001, p. 6.

inspiração, a voz de comando ou, no limite, de quem subtraiu a simbologia, falsificou a ideologia e manipulou as agendas de ação.

A ordem normativa nacional-socialista não se informava, objetivamente, por uma recorrente adesão ao cumprimento fiel e exato da lei. O ponto referencial não era, assim, a norma posta ou efetivamente válida. A administração de um forte sistema repressivo (já que não se poderia falar, em seu sentido puro e metafísico, de uma *Justiça* na Alemanha nazista) dependia muito menos de regras objetivas do que de uma intensa subjetividade, carregada de formulações autoritárias.

Como observado, não se pode confundir a estratégia de defesa nos tribunais de Nuremberg e Frankfurt, quando se pretendeu justificar a barbárie como resultado do estrito cumprimento do dever legal, com todo um modelo, o qual, objeto da repulsa de Hans Kelsen, foi marcado pela plasticidade interpretativa, que optou por soluções que reverberassem positivamente na agenda então dominante.

É nesse contexto que surgem, logo na sequência da Segunda Grande Guerra, as principais reações ao positivismo jurídico, dentre as quais a famosa objeção de Gustav Radbruch.

4.6 Gustav Radbruch e os seus "Cinco Minutos de Filosofia do Direito"

Em 1945, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, o jurista alemão Gustav Radbruch (1878-1949) distribuiu uma circular para seus alunos de Direito na Universidade de Heildelberg[54]. O texto é emblemático, vale como alerta, deve ser recebido com o respeito devido a quem foi afastado da cátedra, ainda em 1933, por opor-se ao nacional-socialismo, ainda que, bem entendido, em seus escritos da década de 1920 possa se evidenciar uma adesão quase que ilimitada ao positivismo. Tem-se a impressão de que o texto de Radbruch consistia em tentativa de descolar definitivamente o positivismo da ordem nacional-socialista.

Cinco minutos de Filosofia do Direito é fragmento que supõe retomada do jusnaturalismo, insumo conceitual que orientará algumas linhas jusfilosóficas da

[54] Há versão desse excerto em RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, Coimbra: Antonio Amado, 1979, pp. 415-418. Tradução de L. Cabral de Moncada.

segunda metade do século XX. Com o fim da guerra, Radbruch dirigiu a Faculdade de Direito em Heildelberg. Faleceu sem a possibilidade de acompanhar o trabalho do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. O humanismo de Radbruch é também marcado por sua passagem pela Cruz Vermelha, onde atuou como voluntário. Sua ação política foi marcada por militância entre grupos socialistas, bem como por sua atuação como deputado e como ministro de Justiça durante a República de Weimar.

Para Radbruch, *"ordens são ordens, é a lei do soldado[55]"*. A afirmação, tomada isoladamente, justificaria a posição dos alemães julgados em Nuremberg, e de todos os que foram posteriormente processados, inclusive entre os próprios alemães e no que se refere às próprias consciências[56]. Além do que, continua, *"a lei é a lei, diz o jurista"[57].* Explicando o tempo que a Alemanha acabava de viver, isto é, os anos do nacional-socialismo, afirmou que "ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem[58]". Concluiu esse *primeiro minuto* culpando o positivismo pelo pesadelo nazista, do ponto de vista jurídico:

> Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro[59].

No *segundo minuto* Radbruch criticou outro dogma da filosofia nacional-socialista do direito, para a qual o direito deveria se identificar com uma imaginária

---

[55] RADBRUCH, Gustav, op. cit., p. 415.
[56] Conferir, no caso, KEMPOWSKI, Walter. *Haben sie davon gewusst*?, Hamburg: Albrecht Knaus Verlag, 1979.
[57] RADBRUCH, Gustav, op. cit., loc. cit.
[58] Ibidem, loc. cit.
[59] Ibidem, loc. cit.

utilidade popular:

> Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por est'outro: direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior, o assassínio ilegal de doentes, serão direito. E pode até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. Desta maneira, a identificação do direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um "Estado-de-Direito" num "Estado-contra-o-Direito". Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo[60].

A obsessão dos teóricos do nacional-socialismo com a tese de que o Führer revelava em suas ações a *vontade do povo*, do que, inclusive, se extraiu um princípio de interpretação e aplicação do direito, o assim chamado Princípio do Führer (*Führerprinzip*), marcou um populismo chauvinista que subverteu a ordem jurídica e o seu comprometimento com os ideais de justiça e de respeito à pessoa humana. Radbruch aproximou direito e justiça na reflexão que tomava o *terceiro minuto*, passo no qual repudia todas as leis que carreguem alguma injustiça:

> Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. Quando se aprova o assassínio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que ato idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da Justiça. Quanto as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e

[60] Ibidem, p. 416.

> os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas[61].

No *quarto minuto* Gustav Radbruch explicita que o *bem comum* também é finalidade do direito, ainda que, por força de circunstâncias que fogem ao controle daqueles que tem comprometimento com a justiça, não se consiga retirar a juridicidade de normas injustas:

> Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança de direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados[62].

No *quinto minuto*, último dessa rápida reflexão, Gustav Radbruch invocou um direito supralegal, protestando por princípios fundamentais que orientam o direito e que transcenderiam o direito positivo, retomando um jusnaturalismo que também nominou de jusracionalismo:

> Há também princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direto natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço

[61] Ibidem, loc. cit.
[62] Ibidem, p. 416.

> de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas. Na linguagem da fé religiosa estes mesmos pensamentos acham - se expressos em duas passagens do Novo Testamento. Está escrito numa delas (S. Paulo, aos romanos, 3,1): "deveis obediência à autoridade que exerce sobre vós o poder". Mas, numa outra (Atos dos Apostolos, 5, 29) está escrito também: "deveis mais obediência a Deus do que aos homens". E não é isto aí, note-se, a expressão dum simples desejo, mas um autêntico princípio jurídico em vigor. Poderia tentar-se resolver o conflito entre estas duas passagens, é certo, por meio de uma terceira, também do Evangelho, que nos diz: "dai a Deus o que é de Deus e a César que é de César". Tal solução é, porém, impossível. Esta última sentença deixa-nos igualmente na dúvida sobre as fronteiras que separam os dois poderes. Mais: ela deixa afinal a decisão à voz de Deus, àquela voz que só nos fala à consciência em face de cada caso concreto[63].

Esse pequeno excerto de Radbruch, que pode ser lido em *cinco minutos*, é permanente convite para uma compreensão humana do direito, no sentido de que seu reconhecimento dependa prioritariamente do sentido absoluto de justiça que possa qualificar. Nesse sentido, a guinada de Radbruch para o jusnaturalismo, para alguns uma correção de rota, e para outros a continuidade de uma linha conceitual que se aperfeiçoava e qualificava[64], é sintoma muito nítido de que a apologia ao jusnaturalismo é recorrente em instantes que sucedem a ditaduras, a exemplo de sua ressonância em países como Espanha, Portugal, Itália, Grécia, Argentina, Chile, Colômbia e também no Brasil, onde, embora importantes diferenças, os regimes autoritários também se caracterizaram pela instauração de estados de exceção, inclusive e em especial no tocante ao desmantelamento do Estado Democrático de Direito e de suas instituições, destaque para a violação de

[63] Ibidem, loc. cit.
[64] Esse tema é objeto de ensaio de VIGO, Rodolfo Luís. *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires: La Ley- Universidad de Buenos Aires, Faculdad de Derecho, 2006.

direitos humanos, supressão do devido processo legal e mesmo a criação de estruturas judiciárias de exceção.

No caso da Alemanha nacional-socialista, a mais importante e emblemática expressão de um sistema jurídico-judiciário corrompido pela ideologia totalitária acima já apresentada, foi, sem dúvidas, o famigerado Tribunal do Povo (*Volksgerichtshof)*, tema das considerações que seguem.

4.7 O *Volksgerichthof* (o Tribunal do Povo) como tribunal de exceção e principal guardião (judiciário) da ordem nacional-socialista

O *Volksgerichhtof-VGH* conheceu sua forma definitiva por força de uma lei datada de 24 de abril de 1934 que lhe conferia competência para julgar causas anteriormente enviadas para a então Suprema Corte Alemã (que não deve ser confundida com o atual Tribunal Constitucional Federal-TCF) em matérias que tratassem de traição, de ataques ao Presidente do Reich, de destruição de propriedade militar, bem como de assassinatos e tentativas de assassinatos de autoridades governamentais[65].

O VGH não detinha competência para julgar militares, exclusiva das Cortes Marciais. Como se observará mais adiante, os líderes nazistas evitavam julgar militares acusados de traição em tribunais do Exército, desligando-os sumariamente das posições ocupadas, para que, de tal modo, pudessem ser julgados pelo VGH. As forças aliadas, quando ocuparam a Alemanha, valeram-se da mesma técnica, garantindo o julgamento de militares nazistas junto a uma corte de feição civil, que foi o Tribunal de Nuremberg.

Note-se, ainda, que embora o foco eleito seja o do VGH, isso não significa, contudo, que a Justiça Militar alemã no período de 1933-45, em especial ao longo e mais para final da Segunda Grande Guerra, não tenha sido particularmente rigorosa e brutal, registrando-se ao todo cerca de três milhões de processos, que resultaram, dentre centenas de inúmeras outras formas mais ou menos rigorosas

[65] MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice, the Courts of the Third Reich,* Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 140. Tradução de Deborah Lucas Schneider.

de apenamento, em nada menos do que cinquenta mil condenações à morte[66].

O VGH, em suas primeiras formulações, remontava à República de Weimar, cujos acenos para com *estados de exceção* são recorrentes[67]. Há registros de um tribunal similar, que funcionou na Baviera, a partir de 1919, sob inspiração e organização de Kurt Eisner, que foi 1º Ministro naquele estado alemão[68]. Deve-se registrar também o efusivo apoio que a ideologia nacional-socialista angariou na Baviera, já na primeira tentativa de tomada de poder, o *Putch (golpe)* de 1922.

Centrado nos princípios de *Treue und Glauben* (*Lealdade e Boa Fé*) do direito privado alemão, o VGH ascendeu na cultura política germânica do início da década de 1930 como mecanismo de controle e combate a políticas supostamente entreguistas e derrotistas, a exemplo do que se apontou como causa da derrota na primeira guerra mundial: a traição interna, em momento no qual a guerra se combatia fora do território alemão. Diversamente do que ocorreu no fim da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha perdeu a Primeira Guerra sem que os inimigos de então tivessem invadido seu território; essa situação foi explorada por Adolf Hitler, para quem a derrota fora culpa exclusiva da falta de ação parlamentar, a quem imputava imperdoável traição para com o povo alemão[69].

O VGH consistiu em sistema judicial de partido que com o tempo ganhou jurisdição exclusiva para processar acusações de traição, com exceções daqueles cujas acusados detinham foros militares. Contava com estrutura dividida em Câmaras (Senados); o primeiro deles era chefiado pelo presidente do tribunal, a quem competia julgar os casos mais rumorosos[70]. Ordinariamente, revelava-se como um tribunal organizado nos moldes dos demais tribunais alemães que funcionavam desde a ação unificadora de Otto von Bismarck em 1871. O tema da unificação jurídica da Alemanha fora recorrente durante o processo de unificação

---

[66] Sobre o tema *vide*, por todos, STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus. Mit einem neunen Nachwort*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 221-232.

[67] HENIG, Ruth. *The Weimar Republic,* London and New York: Routledge, 1999, p. 70 e ss.

[68] KOCH, H. W.. *In the Name of the Volk- Political Justice in Hitler´s Germany,* New York: Barnes and Noble, 1997, p. 15.

[69] HITLER, Adolf. *Mein Kampf,* Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2002, p. 225. Tradução de Ralph Manheim.

[70] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 3.

política, proposta que triunfou com a uniformização do Direito e das fórmulas processuais que resultaram da criação do II º Reich (1871-1919).

O VGH propiciou a realização de um sonho dos nazistas da velha guarda, para quem era absolutamente necessário a criação de um tribunal revolucionário[71]. Com jurisdição sobre 70 milhões de cidadãos alemães, cuja lealdade ao Estado nacional-socialista era permanentemente testada, o VGH não alcançava judeus, sobre quem não detinha competência, sob o argumento de que a alegada inferioridade racial dos judeus os desprovia do império e da segurança da lei[72]. O VGH foi, efetivamente, um tribunal de exceção. À época, exigia-se do alemão uma lealdade ritualística, especialmente no exército e no partido[73]. O VGH se transformou em agência de controle externo dessa fidelidade demandada pelo regime: era um tribunal que julgava consciências.

Entre 1933 e 1944 o VGH pronunciou cerca de 13.000 sentenças de morte; o número de condenações aumentava na medida em que a guerra avançava. Operava-se com base no então vigente Código Penal Alemão (que era de 1871), no qual se encontrava um conceito de traição que vigia na cultura alemã desde a Idade Média, e que na década de 1930 tinha por objetivo proteger o Estado, a Constituição (que paradoxalmente a ditadura não respeitava), bem como o Chefe de Estado[74]. O VGH funcionou como um tribunal ideológico, agente de extermínio e de execução formal da decisão política que fundamentou sua criação. O VGH foi a expressão judiciária do sistema jurídico da Alemanha nazista, cuja preocupação maior consistia no controle absoluto dos dissidentes, sobre quem pesou ameaça perene de destruição. É o exemplo mais bem-acabado da institucionalidade da ordem jurídica nacional-socialista.

O VGH tinha competência para fixar penas de morte, de prisão com trabalhos forçados e de multa. As matérias julgadas variavam de tentativas de assassinato de Hitler à audição de rádios de países que eram inimigos na guerra[75].

[71] Cf. MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice, the Courts of the Third Reich,* op. cit.
[72] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 5.
[73] Cf. LONGERICH, Peter. *Heinrich Himmler- uma Biografia,* Rio de Janeiro: Objetiva, 2013, p. 312. Tradução de Angelika Elisabeth Köhnke et allii.
[74] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 4.
[75] Ibidem, p. 5.

Não havia uma atuação seletiva pautada pela gravidade dos delitos ou pela dimensão efetiva do que se pretendia reprimir. Tem-se a impressão que a atuação do tribunal era randômica, multifacetária, e que sua ira punitiva se voltava contra todas os delitos dos acusados, não importando o seu potencial ofensivo e seus resultados práticos. Era um tribunal que operava de modo espalhafatoso, com grande acompanhamento midiático; a frequente revelação de suas ações e intransigências exerciam papel pedagógico, na visão dos líderes nazistas, que utilizavam as sentenças do tribunal como ferramentas de intimidação.

Os juízes eram indicados pelo partido; o funcionamento que se esperava do tribunal exigia magistrados que professassem a ideologia nacional-socialista e que defendessem ideais de "comunidade nacional" e de "valores raciais"[76]. Uma odiosa função *exterminacionista*[77] estimulava os julgadores, em ambiente no qual aos acusados se vedava o direito de apelação[78]. Não se previa a imparcialidade. O juiz do VGH era agente da repressão nazista, aliado ao regime, comprometido com resultados que indicassem que o regime era implacável com os dissidentes.

Esse recrutamento não se revelou problemático, levando-se em conta a massiva adesão dos cidadãos para com o regime, ainda que nos anos imediatos do pós-guerra a República Federal Alemã tenha tentado sustentar uma mitologia de que o regime nazista contara com grande número de opositores.

Há relatos de visitantes brasileiros, antes e logo em seguida ao fim da guerra, que comprovam essa afirmação[79]. Lindolfo Collor, por exemplo, em viagem pela Alemanha em 1939, observou que *"para comemorar o 50º aniversário do sr. Adolf Hitler os quarteirões centrais de Berlim se transformaram num colossal cenário wagneriano"*[80]. O ex-ministro do trabalho de Vargas impressionou-se com o modo como os alemães entusiástica e freneticamente seguiam o ditador; Lindolfo Collor equiparou o auge e a fama de Hitler com vitórias de Augusto na

[76] Cf. GELATELY, Robert. *Apoiando Hitler- Consentimento e Coerção na Alemanha Nazista,* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2011, p. 74. Tradução de Vitor Paolozzi.
[77] Cf. GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os Carrascos Voluntários de Hitler,* São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 326. Tradução de Luís Sérgio Roizman.
[78] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 6.
[79] COLLOR, Lindolfo. *Europa, 1939,* Porto Alegre: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. TAVARES, A. de Lyra. *Quatro Anos na Alemanha Ocupada,* Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1951.
[80] COLLOR, Lindolfo, *Europa, 1939,* op. cit., p. 128.

Europa do primeiro século[81]. O então Coronel Lyra Tavares, que viveu na Alemanha ocupada, a serviço do Exército e do Itamaraty, na qualidade de Subchefe da Missão Militar Brasileira em Berlim, horrorizou-se com cenas impressionantes, como a de um carteiro que procurava o que comer em uma lata de lixo[82], num contexto punitivo, no sentido de que, a punição se radicalizava nas próprias condições da derrota[83].

Do ponto de vista ideológico o VGH foi organizado com o objetivo de referendar o partido nazista como o único representante de uma "comunidade nacional", um antídoto para os problemas detectados por Hitler e apontados como responsáveis pelo colapso alemão na 1ª Guerra Mundial, designadamente, a urbanização excessiva, a queda de padrões éticos, o alargamento de posturas materialistas, a arrogância das classes superiores, a influência dos judeus e a degeneração das lideranças políticas [84], circunstâncias esgotadas na argumentação do chefe do nazismo, em infame livro[85]. A suposta glória nazista foi construída a partir do não reconhecimento da derrota de 1919, situação fomentada pelas imposições do Tratado de Versalhes. Não há como se desconsiderar, quanto ao tema, linha historiográfica tradicional, que imputa à paz de 1919 as condições que possibilitaram a guerra que irrompeu em 1939.

Há registros de situações inusitadas, também do ponto de vista ideológico, a exemplo do debate que o VGH conduziu em torno do "catolicismo político", isto é, nos caos em que padres católicos eram acusados de criticar o nacional-socialismo de seus púlpitos[86], ainda que, do ponto de vista do debate histórico ainda recorrente, dê-se uma maior ênfase ao papel tímido da Igreja Católica quanto a questão judaica[87], e não para com uma postura rígida de combate ao nazismo.

O VGH atendia as demandas no sentido de que os julgamentos deveriam

---

[81] Ibidem, p. 129.
[82] TAVARES, A. de Lyra, *Quatro Anos na Alemanha Ocupada,* op. cit., p. 34.
[83] Ibidem, p. 94.
[84] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 23.
[85] HITLER, Adolf, op. cit., pp. 373 e ss.
[86] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 55.
[87] Cf. FRANZEN, August. *Breve História da Igreja,* Lisboa: Presença, 1996, p. 414.Tradução de Manuela Ribeiro Sanches.

ser rápidos, sumários, o que redundava constantemente no desrespeito para com os procedimentos do próprio tribunal[88]. Essa situação se agravou em desfavor dos réus julgados a partir de 1939, quando a ordem nazista baixou um Código Penal Militar, também aplicável a civis; o resultado imediato foi o aumento de condenados enviados a campos de concentração, onde sofreriam medidas que o tribunal reputava como "corretivas"[89]. Os campos de concentração eram locais de extermínio, de trabalho forçado, nos quais a barbárie transcendeu os limites de qualquer tentativa de compreensão humana[90]; nos campos, a exemplo da novela de Kafka, cada um poderia ser processado, condenado e executado, sem saber o porquê[91]. Muitos dos que seguiram para os campos de concentração passaram primeiro pelo palco do VGH, pelo qual foram condenados.

Os números desse tribunal são impressionantes. Por exemplo, em 1939, ano do início da guerra, de um total de 470 acusados, 36 foram condenados à morte, 46 foram condenados a penas que variavam entre 10 a 15 anos de trabalhos forçados, 100 foram condenados a trabalhos forçados entre 5 a 10 anos, 89 a penas inferiores a 5 anos, 131 a prisões simples e 40 foram absolvidos; 22 seguiram para a prisão perpétua, 40 foram absolvidos, e dos demais não se tem notícia[92]. As execuções tendiam a ser sumárias e não havia possibilidade de apelação.

O auge da violência desse tribunal deu-se em 1944, no qual há registros de 4.379 acusações, imposição de 2.079 penas de morte, de 15 penas de prisão perpétua, 1.374 de trabalhos forçados, 331 de prisões simples, 2 multas, 22 restrições de direitos e 489 absolvições; não se tem ciência do resultado de cerca de 67 casos[93]. Ainda que nem todas as sentenças (especialmente as de pena de morte) tenham sido executadas, por alguma razão operacional, especialmente nos últimos meses da guerra, esses números oferecem um indicativo geral da atuação frenética do tribunal. O VGH era uma máquina eficiente de acusação, julgamento,

---

[88] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 82.
[89] Ibidem, p. 87.
[90] LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. Tradução de Luigi Del Re.
[91] AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz,* São Paulo: Boitempo, 2008, p. 27. Tradução de Selvino J. Assmann.
[92] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 132.
[93] Ibidem, p. 132.

encarceramento e encaminhamento para a execução de penas de morte; raramente um sistema judicial foi tão eficiente na aplicação de determinações políticas ditatoriais.

Entre os vários casos julgados pelo VGH incluem-se acusações de alta traição, de preparativos ou incitação para atos de traição, de espionagem, de violação de segredos de Estado, de traição por intermédio de "propagação de mentiras", de falta de lealdade, de destruição de provas, de ajuda ao inimigo, de ataques verbais ao "Führer", de transferência ilegal de dinheiro para o estrangeiro, de uso de prova falso para o não atendimento de requisição de comida ou bens estocados[94]. As estatísticas do VGH revelam também uma sociedade marcada permanentemente por um estado psicológico de denuncismo, 4.918 denúncias em 1939, 4.588 em 1940, 5.603 em 1941, 4.727 em 1942, 6.584 em 1943 e 13.986 em 1944[95].

O tema do delator e do denunciante em tempos de ditadura foi tratado por Lon L. Fuller em importante opúsculo, O Caso dos Denunciantes Invejosos; nesse caso fantasioso, Fuller concebeu um governo que guardaria muitas semelhanças com o nazismo, no qual denúncias eram feitas com objetivo de perseguir agendas próprias, a exemplo do personagem do livro que denunciou para as autoridades o esposo da mulher de quem ele o denunciante era amante[96]. Depoimentos que revelam aspectos do cotidiano da Alemanha nazista apontam para situações muito semelhantes[97]. Denúncias davam conta de alemães que teriam ajudado inimigos, o que se constatava com a simples e humanitária entrega de um pedaço de pão[98].

Uma mulher (viúva) fora condenada à pena de morte porque contou uma piada: teria dito que Hitler e Göring conversavam no alto da torre de televisão em Berlim, quando Göring teria pedido que Hitler fizesse um favor para a Alemanha –

---

[94] Ibidem, p. 129-130.
[95] Ibidem, p. 130.
[96] O livro de Lon Fuller foi traduzido e comentado por DIMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos,* São Paulo: Editora das Revista dos Tribunais, 2003.
[97] STEINHOFF, Johannes; PECHEL, Peter; SHOWALTER, Dennis. *Voices of Third Reich- an Oral History,* Washington: Da Capo Press, 1994.
[98] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 93.

que se jogasse do alto da torre ...[99]. Um menino foi julgado sob a acusação de ouvir rádios estrangeiras. Nesse caso, não se conseguiu fazer prova incontroversa; o pai do garoto, que frequentemente contava piadas que ridicularizam o nazismo, e que foi por isso condenado à morte, é quem teria ligado o rádio para seu filho. O menino foi absolvido justamente porque impressionou os julgadores pelo fato de ser destacado membro da Juventude Hitlerista[100].

Entre os casos de maior dimensão, o VGH julgou e condenou Sophia Scholl, seu irmão Hans Scholl e Cristoph Probst, então jovem universitários de Munique, membros de um grupo católico, "Rosa Branca", que fazia oposição ao nazismo na Baviera. A execução deu-se em 1943, pela guilhotina. Ao que consta, Himmler foi contrário à execução de Sophia, porque não queria que se criassem mártires, dados os aspectos particulares que envolviam a questão. Himmler telegrafou ao presidente do tribunal, determinando que a execução da estudante fosse adiada; o telegrama, ao que parece, não alcançou o tribunal a tempo de evitar que a jovem opositora de Hitler fosse decapitada[101].

O VGH atingiu seu cume político como tribunal ao julgar os oficiais alemães acusados de tentativa de assassinato de Hitler. Há notícias de tentativas de eliminação de Hitler já em 1938. Em novembro daquele ano, Maurice Bavaud, um suíço, tentou matar Hitler durante um comício, em Munique. Instalou uma bomba atrás do palanque onde Hitler discursaria. Preso, foi julgado pelo VGH, que o condenou a pena de morte. Bavaud foi executado em 14 de maio de 1941[102].

Suspeitava-se que o serviço secreto de inteligência da Inglaterra teria planejado assassinar Hitler, conduzindo algumas ações, com esse objetivo. Essas ações foram interceptadas pela GESTAPO, a polícia secreta do regime nazista. É o que ocorreu com Johann Georg Elser, que teria chefiado um plano para o assassinato de Hitler, e que foi preso e enviado para o campo de concentração de Sachsenhausen, ao norte de Berlim. Elser era um carpinteiro, que teria construído bombas caseiras, e que foi preso após uma tentativa de eliminação de Hitler, no Lago Constança, a caminho da Suíça. Por decisão do VGH, Elser foi executado em

[99] Ibidem, p. 94.
[100] Ibidem, p. 149.
[101] Ibidem, p. 137.
[102] Ibidem, p. 175.

9 de abril de 1945, no campo de concentração de Dachau, para onde fora transferido no início daquele ano[103].

Em fins de 1944 a GESTAPO prendeu o Capitão Josef Römer, também acusado de avançar num plano para assassinar Hitler. Julgado sumariamente pelo VGH, que o condenou, por traição, Römer foi executado em 25 de setembro de 1944; o enforcamento teria ocorrida imediatamente após a leitura da sentença, na sala de julgamento.

A população alemã, segundo se registrou, teria se indignado com as tentativas de eliminação de Hitler. Uma forte reação popular resultava de notícias que dramatizavam as ações supostamente organizadas com vistas à execução de Hitler. Com a notícia de que o "Führer" sobrevivera, hinos de graça foram cantados nas Igrejas[104].

Otto Thierack e Roland Freisler foram os dois principais presidentes do VGH. Thierack deixou o VGH para assumir o Ministério da Justiça da Alemanha nazista. Sua ligação com o nacional-socialismo era antiga: Thierack não era um arrivista. Foi promotor público em Leipzig e depois em Dresden. Em 1933 foi Ministro da Justiça do Estado da Saxônia. Em 1935 foi Vice-Presidente da Suprema Corte de Justiça do Reich Alemão. Presidiu o VGH de 1936 a 1942. Preso no fim da guerra, suicidou-se no campo de Neumünster e por isso não foi levado a julgamento em Nuremberg[105].

Roland Freisler é exemplo de juiz nacional-socialista e fanático, que confundia as funções de acusação e de julgamento, "um verdadeiro sádico vestido na toga da magistratura"[106]. Brutal e sarcástico, Freisler era menos um juiz do que um jurista do partido[107]. Crítico de qualquer concepção jurídica liberal[108], Freisler insistia na inafastabilidade dos conceitos de *Povo, Jurista* e *Direito*[109]; o Direito, na

[103] Ibidem, loc. cit.
[104] Ibidem, p. 178.
[105] WISTRICH, Robert. S., *Who is Who in Nazi Germany,* London and New York: Routledge, 2002.
[106] Ibidem, p. 65.
[107] STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany- 1914-194,* Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 339. Tradução do alemão para o inglês de Thomas Dunlap.
[108] WAGNER, Francisco Sosa. *Juristas y Enseñanzas alemanas I- 1945-1975,* Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 126.
[109] DREIER, Ralf; SELLERT, Wolfgang. *Recht und Justiz im "Dritten Reich",* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 26.

concepção de Freisler, deveria substancializar o *espírito do nacional-socialismo* (*Den Geist des Nationalsozialismus*)[110].

Na Primeira Guerra Mundial Freisler foi capturado pelos russos e ficou preso na Sibéria por dois anos; aprendeu russo e passou a acreditar no comunismo, situação que posteriormente lhe criou problemas entre os líderes da Alemanha nazista. Esse fato, de que teria se simpatizado com o comunismo, teria suscitado uma aversão, por parte de Hitler, que nunca contou com Freisler entre seus companheiros mais próximos, ainda que esse maníaco juiz represente sem dúvidas a obsessiva aplicação apaixonada e maníaca do direito nazista[111]. Freisler não foi um juspositivista; pelo contrário, julgava exatamente nos termos de uma concepção hermenêutica flexível, volúvel, adaptável, que reputava inspirada pelas orientações do "Führer". Pode ser um indício forte de argumento que dissocie o positivismo da prática judiciária nazista.

Libertado pelos russos, Freisler estudou Direito em Viena, advogou em Kassel e entrou para o Partido Nazista em 1924; em 1932 foi designado representante dos nazistas na legislatura prussiana, em 1934 passou a secretariar o Ministro da Justiça no combate a sabotagem, bem como participou de uma comissão para reforma do Código Penal Alemão. Em 1942 participou da conferência de Wansee, ocasião na qual os nazistas discutiram o que reputavam como a "*solução final do problema judaico*". Por essa razão, não se pode afirmar que Freisler desconhecia os fatos que ocorriam nos campos de concentração.

Freisler morreu no tribunal, presidindo uma sessão de julgamento por traição, em 3 de fevereiro de 1945, quando uma bomba jogada pelos aliados atingiu o edifício no qual funcionava o VGH[112]. Ambicioso, Freisler não pretendia consolidar o VGH como uma instituição jurídica paralela ao sistema judiciário germânico; seu objetivo era que o VGH se tornasse a Suprema Corte Alemã[113]. Com tal finalidade, Freisler lutou para expandir o núcleo de competências do VGH, firme na convicção de que todo desvio comportamental punível pelo direito nazista

---

[110] RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht- Rechtleheren und Kronjuristen im Dritten Reich,* München: Verlag C. H. Beck, 1989, p. 107.
[111] WISTRICH, Robert. S., *Who is Who in Nazi Germany,* cit., p. 64.
[112] Ibidem.
[113] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 47.

consistia exatamente em delito contra o "Führer" e, consequentemente, contra a Alemanha.

Freisler notabilizou-se definitivamente em episódio da história alemã conhecido como Operação Valquíria[114], que consistiu num plano militar para o assassinato de Hitler. Foi nesse julgamento que Roland Freisler, o histriônico presidente do tribunal, esbravejou, agrediu verbalmente os envolvidos, fanaticamente gritando que o "Führer" e o povo alemão formavam uma só pessoa, e que os acusados faltaram com a lealdade para com toda a nação alemã, ao planejarem e tentarem assinar Adolf Hitler[115].

Esse caso é o mais emblemático de toda a atuação do VGH. O papel dos acusados e executados foi realçado no contexto da reconstrução alemã, especialmente na década de 1970, quando se discutiu o armamento alemão, especialmente no contexto da Organização do Tratado do Atlântico Norte-OTAN. Havia necessidade de se encontrar elementos indicativos de honra, por parte do exército alemão, situação resolvida com a reabilitação dos oficiais acusados de tentarem o assassinato de Hitler, e que foram condenados pela VGH.

A Operação Valquíria[116] radicou em crescente oposição militar a Hitler, já perceptível em 1938, quando setores mais aristocráticos do exército alemão criticaram a política externa expansiva e o permanente problema da questão judaica. A aristocracia do exército discutia o problema dos judeus, na convicção de que judeus assimilados eram efetivamente alemães, especialmente porque se viam como tais[117]. Hitler neutralizou essa oposição no contexto das vitórias que obteve em 1940, granjeando a simpatia de muitos generais, para quem distribuiu patentes de *marechal de campo*, além de outras condecorações militares. Como resultado desse ensaio de aliança, o partido nazista alcançou o apoio e a lealdade

---

[114] FEST, Joaquim. *Hitler,* San Diego, New York and London: Harvest Books, 1974, pp. 711 e ss. Tradução do alemão para o inglês de Richard e Clara Winstton.

[115] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 201.

[116] *Valquírias* eram deusas da mitologia nórdica. O nome da operação, e também do código usado pelos conspiradores, refere-se a uma ópera de Richard Wagner (1813-1883), compositor alemão com o qual se identificavam os nazistas. A *Cavalgada das Valquírias* (no original, *Walkürenritt* ou *Ritt der Walküren*) é excerto emblemático da peça, início do ato III, que invoca uma acentuada euforia, que foi pela propaganda nazista apropriada em torno de uma ideia obsessiva de poder. A referência, utilizada pelos conspiradores, pode ser um contraponto à apropriação, insinuando uma reação de guerreiros, isto é, de militares então descontentes com o nazismo.

[117] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 180.

de muitos oficiais, inclusive de alguns que conspiravam contra Hitler[118].

A Operação Valquíria foi liderada pelo Coronel Claus Schenck Graf von Stauffenberg. Reconhecido militar, fora ferido na Tunísia, no início da guerra, quando, na explosão de um carro, perdeu o olho direito, o braço esquerdo e três dedos da mão direita. Era um herói militar. Esse movimento que objetivava assassinar Hitler também foi liderado por outro militar, Henning von Tresckow. Esses militares se aproximaram de um outro grupo de opositores de Hitler, que se reconheciam como membros de uma confraria, o *Círculo de Kreisau.* Em geral, eram oficiais conservadores, mais preocupados com o que fazer com a Alemanha após o fim da guerra do que com as medidas práticas para a destruição do líder do nazismo[119].

O Coronel Stauffenberg reuniu o maior número de subalternos que pode. No dia 20 de julho de 1944 deixou uma maleta com explosivos numa sala de reuniões, em encontro presidido por Hitler, para quem pediu licença para deixar o recinto, alegando que deveria telefonar urgentemente. A bomba explodiu e os ferimentos de Hitler não foram tão graves, ainda que quatro colaboradores próximos do Führer tenham morrido. O conspirador foi preso e executado no dia seguinte. Pesquisas divulgadas pelos nazistas insistiram que a população alemã estava ensandecida com o ocorrido, que desejava vingança e que havia necessidade de se prender e processar os demais líderes da conjuração. Houve várias e efusivas manifestações populares de apoio a Hitler[120].

Os conspiradores foram presos e julgados pelo VGH. Freisler conduziu todas as sessões. Focou no crime, não permitindo que os acusados fizessem declarações, obstaculizando que as razões justificadoras da conspiração fossem apresentadas. As motivações foram abafadas, o que estava em discussão era a tentativa de assassinato de Hitler, como um ato de traição. Hitler pretendia um julgamento sensacionalista, com ampla cobertura jornalística, objetivando um máximo de impacto no povo alemão. Os conspiradores, no entanto, eram militares, o que exigia uma corte marcial. Esta se reuniu e imediatamente expulsou os

[118] Ibidem, p. 183.
[119] Ibidem, p. 185.
[120] Ibidem, p. 188-189.

militares do Exército, justificando-se a competência do VGH, cuja jurisdição era civil[121].

Por ordens de Goebbels o julgamento foi filmado; três microfones foram colocados junto a Freisler que, não acostumado com o aparelho, gritava com estridência, o que ampliou o histrionismo de sua pessoa. Freisler teve vários acessos de raiva ao longo das sessões. Ao se aproximar para ser interrogado, Erwin von Witzleben fez a saudação nazista. O juiz reagiu, dizendo que se estivesse no lugar do acusado não faria a saudação alemã. Esta, segundo Freisler, somente poderia ser usada por pessoas de honra; gritando, e dirigindo-se a Witzleben, no sentido de que deveria se sentir envergonhado do gesto[122].

A acusação consistia, objetivamente, na culpa por um atentado reputado como covarde, para assassinar Hitler, depor o regime nacional-socialista, usurpar o poder e acabar com a guerra por intermédio de uma negociação indigna para o povo alemão. Freisler, que julgava atuando como acusador também, vociferou que estava em face da maior traição já cometida contra o povo alemão.

Discutiu com cada um dos acusados, condenando a todos, com base nos depoimentos tomados pela polícia do regime. Freisler conseguiu que um dos acusados confessasse que mentira para a polícia, pelo que o chamou de "hipócrita", aos gritos. Os réus foram executados no mesmo dia da proclamação da sentença de condenação, ao longo da própria audiência; foram enforcados com fios bem finos, de cordas de pianos, pendurados em ganchos de açougue[123].

Roland Freisler representa um Judiciário absolutamente dependente do poder, durante um *estado de exceção*, no qual o julgador também é acusador. O processo penal tornou-se uma farsa. Todo o procedimento não passava de uma encenação. Todos os protagonistas desta pantomina sabiam onde tudo terminaria.

---

[121] Ibidem, p. 196.
[122] Ibidem, p. 198.
[123] Ibidem, p. 200 e ss.

4.8 Os fundamentos hermenêuticos e operacionais do VGH: o *"Führerprinzip"*

De algum modo colocando o Führer" como o "Supremo Juiz" um grupo de juristas ligados ao nacional-socialismo construiu o dogma do *"Führerprinzip"*, que consistiu na pedra de toque da jurisprudência da Alemanha nazista em geral, e do VGH em especial. Para essa fórmula o intérprete do direito deveria atuar decidindo exatamente do modo como supostamente o Führer decidiria os casos concretos.

O crivo final para a interpretação de qualquer problema jurídico consistia na tentativa de compreensão de como o Führer deliberaria em face da situação posta. O direito nacional-socialista, por isso, é conceitualmente afastado de qualquer compromisso com o direito posto; a obrigação do intérprete é firmada com a vontade do Chefe, que deve conhecer e obstinadamente seguir; nessa vontade o direito nazista predica seus critérios de decisão.

Otto Luetgebrune, Hans Frank e Roland Freisler foram representantes dessa tendência hermenêutica autoritária, à qual o VGH cegamente havia aderido. Hans Frank, por exemplo, um dos mais destacados nomes desse grupo, era nazista desde o início do movimento; havia participado do "Putch" liderado por Hitler em 1923. Acreditava que o Direito então vigente era totalmente alienígena ao povo, razão pela qual sustentava veementemente a necessidade de sua renovação. Frank foi a principal voz do pensamento jurídico do nacional-socialismo[124]. Revelou-se como um dos mais brutais antissemitas, pensamento ao qual deu forma jurídica na formulação de vários arranjos para perseguição, enquadramento e execução de judeus. Tendo ocupado a Presidência da Academia dos Juristas Alemães[125] Frank era autoridade seguida e reverenciada na Alemanha do início da década de 1940[126].

A partir de 1942 Frank passou a se afastar de Hitler, que o nomeou Governador-Geral da Polônia, posição considerada subalterna no contexto de lideranças do Reich. Seu forte antissemitismo, suas posições jurídicas infamantes e sua atuação efetiva no extermínio de judeus lhe valeram um lugar no banco de

---

[124] WISTRICH, Robert. S., *Who is Who in Nazi Germany,* op. cit., p. 63.
[125] STOLLEIS, Michael. *Öffentliches Recht in Deutschland,* München, C. H. Beck, 2014, p. 116.
[126] TUSA, Ann; TUSA, John. *The Nuremberg Trial,* New York: Skyhorse, 2010, p. 122.

réus no Julgamento de Nuremberg, no qual foi condenado e pelo qual foi executado como criminoso de guerra, em 16 de outubro de 1946.

Vítima de seu próprio senso absoluto de organização, Frank determinou que tudo que dissesse deveria ser guardado para a posteridade; há vários registros de discursos violentos que proferiu, nos quais se ufanava de liquidar piolhos e judeus[127]. Ao longo do seu julgamento Frank entregou às autoridades seus diários, instrumentalizando com pormenores a atuação da acusação[128]. Criado em família católica, da qual se afastou na vida adulta, durante o julgamento Frank voltou-se freneticamente para o cristianismo; em sua fala final, implorou que o povo alemão se voltasse para a religião[129].

Frank admitiu sua responsabilidade para com a execução de judeus, afirmando, inclusive, *"que mil anos se passariam e a culpa alemã não seria apagada"*[130]. Frank evocava uma culpabilidade coletiva que agitou as reflexões alemãs no pós-guerra, transcendendo a seus aspectos criminais e políticos[131]. Frank tentou o suicídio quando preso em Nuremberg; entrevistado pelos psiquiatras norte-americanos afirmou que teria tentado o suicídio porque sacrificara tudo por Hitler, que os deixou sozinhos no fim da guerra; justificou que se tivesse se suicidado quatro anos antes, tudo teria ocorrido de um modo mais adequado; no entanto, registrou na mesma entrevista, que falara abertamente com Hitler, criticando o uso dos campos de concentração para o extermínio dos judeus[132].

Outro jurista que exerceu uma forte influência no âmbito do sistema político-jurídico nacional-socialista foi Carl Schmitt, especialmente no que se refere aos pressupostos de lealdade, adesão, disciplina e honra, vinculantes do agente burocrático responsável pela tomada de decisões, em relação às

---

[127] PERSICO, Joseph E.. *Nuremberg- Infamy on Trial,* London: Penguin Books, 1994, p. 22.
[128] MARRUS, Michael R.. *The Nuremberg War Crimes Trial-1945-1946,* Boston and New York: Bedford-St. Martin's, 1997, p. 214.
[129] TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials,* New York: Skyhorse, 2013, pp. 538-539.
[130] CONOT, Robert E.. *Justice at Nuremberg,* New York: Perseus Book, 2009, p. 380.
[131] JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt,* New York: Fordham University Press, 2000. Tradução de E. B. Ashton.
[132] GOLDENSOHN, Leon. *Nuremberg Interviews,* New York: Vintage Books, 2004, p. 19.

orientações gerais do nazismo[133]. Schmitt exerceu grande influência junto ao VGH por conta também de um pequeno texto no qual comentou a reação de Hitler ao incêndio no Reichstag, situação que municiou os nazistas para uma brutal perseguição de inimigos, particularmente de comunistas. Segundo Schmitt, *"o Führer protege o direito do pior abuso, quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força de sua liderança (...) e enquanto Juiz Supremo"*[134].

Contrariando doutrina que associa o pensamento jurídico nacional-socialista ao positivismo[135] constata-se no VGH a utilização de critérios flexíveis para aplicação do direito, baseados na construção imaginária do que seria o desejo e a ordem do Führer no caso concreto, o já referido *Führerprinzip*, conceito substancialmente vago, ambivalente e limitado[136]. Constata-se que durante o nacional-socialismo o direito constitucional alemão foi substituído por slogans, postulados e cláusulas gerais, por meio das quais se proclamava a infalibilidade das ordens de Hitler[137].

No âmbito do direito nacional-socialista, argumentou-se muito – como foi o caso, entre outros, de Roland Freisler -, que o Direito não poderia ignorar as leis da natureza; a lei, nesse sentido, com objetivo de dar segurança às pessoas e ao Estado (nacional-socialista) deveria ser orgânica, em permanente desenvolvimento, adaptável às circunstâncias e às mudanças[138]. Essa premissa pode sustentar o argumento de que o positivismo do direito nacional-socialista é uma miragem, consistindo em estratégia de defesa daqueles que foram julgados e responsabilizados nos Tribunais de Nuremberg e de Frankfurt, quando justificaram ações e omissões com base no estrito cumprimento do dever legal.

---

[133] SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica,* Madrid: Tecnos, 1996, p. 73. Tradução de Montserrat Herrero.

[134] É excerto do famoso fragmento *O Führer protege o direito*, lido em tradução em MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 178.

[135] Entre nós no Brasil essa contrariedade foi definida, revelada e explicada por Dimitri DEMOULIS. Segundo Demoulis, há um mito persistente e difundido que "acusa os autores positivistas de terem legitimado regimes autoritários, baseados em uma teoria acrítica e apologética sobre o direito (...) fazendo referências específicas à situação da Alemanha nazista, concluímos que tais acusações não têm fundamento" (2006, p. 14).

[136] Cf. KOCH, H. W., op. cit., p. 38.

[137] Ibidem, p. 39.

[138] Ibidem, p. 71.

Concebeu-se uma definição bem elástica de traição, o que possibilitou o alcance de um maior número de opositores do regime.

O VGH apelava para um "sentimento intuitivo de povo", qualificado pela compreensão irracional de que tudo que fosse contra o povo seria passível de correção por intermédio da pena de morte. Essa obsessão foi enfatizada por decisões que penalizavam indistintamente meras tentativas e delitos consumados; isto é, a intenção de cometimento de crime contra a ordem nazista seria equivalente ao cometimento do próprio crime[139].

Tal entendimento dirigia a política judiciária, que entendia que o papel dos tribunais consistia não no controle do executivo, mas em sua fiel observância; por isso, o que válido especialmente para Frank e Freisler, negava-se a independência do Judiciário, a quem se incumbia um desempenho pautado pela máxima de que a dureza com os inimigos do povo resultaria na defesa desse mesmo povo[140]; uma lógica maquiavélica estimulava a ação: os juristas do nacional-socialismo estavam convictos de que os fins justificavam os meios.

Propunha-se a renovação do Direito, a ser substancializada por forte clamor popular, o que se daria mediante o uso de ferramentas ideológicas. Proclamou-se um novo Direito, de caráter suprapositivo, no qual se plasmava um dualismo que opunha o Direito escrito e uma ideia capital de justiça, anterior à ordem estatal e hierarquicamente superior a ela. Elaborou-se uma nova teoria das fontes, arraigada na ideia de representatividade popular absoluta, capturada e decodificada pelo partido.

Construiu-se também uma nova teoria da interpretação, então colocada a serviço das necessidades dos governantes. Conceitos indeterminados foram explorados com o objetivo de se aplicar ideais transformadores de Direito. Essas condições foram recepcionadas e defendidas como reflexo mesmo da ruptura do sistema constitucional anterior, que não teria se adaptado aos valores e princípios ideológicos da ordem nacional-socialista[141].

[139] Ibidem, p. 81.
[140] Ibidem, p. 84.
[141] RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht- Rechtleheren und Kronjuristen im Dritten Reich,* München: Verlag C. H. Beck, 1989.

Essas características marcaram o *Führerprinzip* enquanto critério hermenêutico e operacional, pelo que a atuação do VGH nos indica a aplicação de um direito suprapositivo, cujos critérios de funcionamento (e não de justificação) são epistemologicamente aproximados à construção fática jusnaturalista. Isto é, uma concepção orientadora (não a justiça, bem entendido, mas a vontade do Führer) é que guiava o intérprete.

De tal modo, o VGH exemplifica o *estado de exceção,* ao mesmo tempo em que rebate a firme ideia de que o juspositivismo fora colocado a serviço da ordem nacional-socialista, porquanto o tribunal do povo alemão construiu sua pauta de decisão com base em princípio que exigia do intérprete uma total lealdade às orientações do partido e do líder, e não de um Direito composto por regras gerais e abstratas.

A pauta de decisão não era a lei escrita; era a aplicação da vontade do Chefe na aplicação das leis com as quais se contava. A lei, em resumo, era um pretexto. A vontade do Chefe, no limite, era a medida da aplicação da lei.

A estrutura normativa nacional-socialista é centrada em um *estado de exceção,* isto é, um *não-direito,* que se arroga mecanismo de proteção e obtenção do *Direito*. A experiência da normatividade nacional-socialista, e o putativo modelo jurídico inerente a esse modelo histórico, são circunstâncias empíricas que comprovam os perigos da utilização de critérios de flexibilidade jurídica. Essa premissa implica que a reverência para com aspectos procedimentais não supre uma substância valorativa que suposta (ou concretamente) ameace uma ordem política totalitária.

A construção de conceitos vagos e indeterminados é refém de ordens políticas e normativas que primam por um modelo judicial sumário, rápido, comprometido com fins, manipulados a partir de ingerências irracionais como *vontade do povo,* de onde se constrói um parâmetro de lealdade e de boa-fé que fundamenta e justifica a exclusão do oponente, classificado como inimigo.

O VGH, e mais especificamente Roland Freisler, tipificam patética e malignamente esse acidente de percurso civilizatório, sugerindo que o apego ditatorial para com o positivismo é mais uma estratégia de defesa daqueles que

foram historicamente responsabilizados do que, efetivamente, uma agenda de interpretação jurídica que teria caracterizado uma ordem totalitária.

4.9 O desate histórico do nacional-socialismo e o tema da culpa

Sigmund Freud já havia evidenciado a angústia decorrente da constatação de que a cultura não seria aperfeiçoamento, perfeição ou sublime manifestação da condição humana [142]. Essa angústia fora talvez vivida pessoalmente pelo psicanalista de Viena que, fugindo à fúria nacional-socialista, se deslocou até a Inglaterra, onde faleceu. Particular e pessoalmente assaltado pela estupidez do antissemitismo Freud revelou-se, nesse sentido, um descontente com a civilização.

A promessa iluminista da libertação humana pela racionalidade foi desmentida com a agonia vivida nos campos de concentração e com as bombas assassinas que mataram civis, mulheres e crianças, naquela que foi a maior carnificina da história. É esse último aspecto, em resumo, o tema central das investigações da Escola de Frankfurt[143], da qual Jürgen Habermas é membro bem mais jovem.

Não se pode negar que o ceticismo do pai da psicanálise em grande parte se deve à depressão econômica de 1929 bem como na ascensão do nacional-socialismo na Alemanha. Freud denunciou um conflito do homem com a civilização, opondo liberdade e imaginária igualdade. Ao fim da vida, sua fuga de Viena parece confirmar tanta premonição[144].

---

[142] Cf. FREUD, Sigmund. *Civilization and its Discontents.* In: *The Freud Reader* (editado por Peter Gay), New York & London: Norton & Company, 1995. Há várias traduções em português. Entre outras, FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*, Lisboa: Imago/Relógio D´ água Editores, 2008. Tradução de Isabel Castro Silva. Cf. também RIEFF, Philip. *Freud: The Mind of of the Moralist*, Chicago: The University of Chicago Press, 1979, interessante estudo a propósito da teoria política de Sigmund Freud, a partir de uma investigação das concepções morais do pai da Psicanálise. Cf. ROAZEN, Paul. *Freud- Political & Social Thought*, New Brunswick & London: Transaction Publishers, 1999.

[143] WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School- its History, Theories and Political Significance,* Cambridge: The MIT Press, 1995, tradução do alemão para o inglês de Michael Robertson. JAY, Martin. *The Dialectial Imagination- a History of the Frankfurt Scholl and the Institute of Social Research- 1925-1950,* Berkeley: University of California Press, 1996. HELD, David. *Introduction to Critical Theory- Horkheimer to Habermas,* Berkeley: University of California Press, 1980.

[144] Cf. COHEN, David. *A Fuga de Freud*, Rio de Janeiro: Record, 2010.

É este o grande tema de *Das Unbehagen in der Kultur,* que alguns traduzem como *O Mal-Estar na Civilização,* outros como *O Mal-Estar na Cultura,* e outros (principalmente da tradição norte-americana) como *A Civilização e seus Descontentes.* A crítica de Freud aos conteúdos simbólicos da vida civilizada (assunto que ele aprofundou em *O Futuro de uma Ilusão)* é também muito forte em relação a percepções de religião.

Muito nítida em o *Mal-Estar na Cultura* é a desilusão que a racionalidade nos coloca, assunto que será retomado pelos teóricos da Escola de Frankfurt, a exemplo de Horkheimer, Adorno, Walter Benjamin e Erich Fromm (ele mesmo um freudiano), e que tem em comum também o fato de que deixaram a Alemanha nazista, por conta da perseguição.

O tema da culpa é nuclear na compreensão da reconstrução da Alemanha, depois de sua destruição ao final do último grande conflito mundial. Bernhard Schlink, professor, que foi juiz de uma corte constitucional alemã estadual, constitucionalista, historiador do direito, também autor de notável obra de ficção, discutiu o mencionado tema da culpa vivida pelos alemães no contexto da ambiguidade entre jusnaturalismo e juspositivismo[145], especialmente no que se refere ao papel do direito na superação desse sentimento[146].

O acerto de contas com o passado é uma obsessão em Bernhard Schlink, que nasceu em 1942, isto é, três anos antes do fim da guerra. Bernhard Schlink tratou a angústia faústica do *domínio do passado* (*Vergangenheitsbewältigung*) como uma impossibilidade humana. Para Bernhard Schlink, o passado não pode ser dominado; pode ser lembrado, esquecido, reprimido; pode ser vingado, punido, modulado; pode ser motivo e fundamento de arrependimento; pode ser repetido, consciente ou inconscientemente; suas consequências podem gerenciadas; pode ser encorajado ou desencorajado; pode ser monitorado no que se refere a seu impacto, no presente ou no futuro; o que está feito, porém, não pode ser alterado: o passado é inacessível e irrevogável[147].

[145] Cf. SCHLINK, Bernhard. *Der Vorseler,* Zürich: Diogenes Taschenbuch, 1997.
[146] Cf. SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the past,* Toronto: University of Queensland Press, 2010.
[147] Ibidem, p. 43. No original: *"What is past cannot be mastered. It can be remembered, forgotten or repressed. It can be avenged, punished, atoned for and regreted. It can be repeated, consciously or*

A culpa coletiva, a presença ameaçadora do passado, a possibilidade (ou impossibilidade) do direito apreender e dominar o que já ocorreu, bem como a esperança do perdão e da reconciliação são permanentes questões que orientam o trabalho de Bernhard Schlink, ficcional e ensaístico, para quem:

> Quando falamos da culpa para com o passado, não estamos pensando em indivíduos, ou mesmo em organizações, porém antes em uma culpa que infecta toda uma geração que vive uma era – e no senso de uma era, ela mesma. E mesmo quando essa era já se foi, ela projeta uma sombra longa sobre o presente, afetando com o sentimento de culpa, de responsabilidade e de auto-questionamento as gerações mais recentes[148].

Isto é, no problema historiográfico aqui tratado, o pensamento em alguma culpa coletiva do passado é a referência a uma culpa que afeta toda uma geração[149], especialmente no contexto de um grupo que nasceu e que viveu a primeira infância entre 1914-1933[150]. Com o fim do III º Reich o ônus da culpa para com o passado tornou-se uma experiência existencial alemã, um tópico recorrente na vida cultural desse país[151]; haveria, assim, um culpa coletiva vivida por toda uma geração.

Esse sentimento, de algum modo, exigia um enfrentamento e uma sublimação, situação que poderia ter engendrado positivamente na concepção da dogmática dos direitos fundamentais. A busca de uma sensação de solidariedade existencial e cultural, negadora de um passado brutal, conectou a superação de um trauma por uma ética de responsabilidade[152]. De um modo assustadoramente realista, Bernhard Schlink colocou o problema nos termos seguintes, em tradução

---

unconsciously. Its consequences can be managed either to encourage or discourage their impact on the present or the future. But what is done is done. The past is unassailable and irrevocable".

[148] Ibidem, p. 1. No original: "*When we speak of guilt about the past, we are not thinking about individuals, or even organisations, but rather a guilt that infects the entire generation that lives through an era- and in a sense the era itself. Even after the era is past, it casts a long shadow over the present, infecting later generations with a sense of guilty, responsibility and self-questioning".*

[149] Ibidem, p. 1.

[150] Conferir KLEINDIENST, Jürgen. *Zwischen Kaiser und Hitler- Kindheit in Deutschland- 1914-1933*, Berlin: Zeitgur Verlag GmbH, 2006.

[151] Cf. SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the past,* op. cit., loc. cit.

[152] Ibidem, p. 13.

livre nossa:

> (...) Os crimes cometidos antes de 1945 não incluem apenas executores, incitadores e praticantes de atos acessórios; houve também aqueles que eram completamente capazes de resistência e oposição, mas que nada fizeram. Depois que foram cometidos havia a possibilidade de se manter ou se retirar a solidariedade para com esses crimes. Os criminosos e aqueles que de algum modo estavam envolvidos tinham a possibilidade de se manter no círculo daqueles que eram solidários com os crimes, ou se retirar desses grupos. Uma perspectiva histórico-jurídica demonstra que os atos de recusa de renúncia, de recusa de julgamento ou de recusa de repúdio carrega uma culpa própria em si mesma[153].

Para Bernhard Schlink, são culpados, de alguma forma, também todos aqueles que não ofereceram nenhuma forma de oposição[154]. Em passo de marcante relato geracional, Schlink lembrou que fazia de um grupo de pessoas que nasceu nos últimos anos da guerra, que cresceu na República Federal da Alemanha, que junto com esse grupo passou por um mundo intato da década de 1950, que se cansaram dessa estabilidade e dessa mesmice e se rebelaram na década de 1960, quando se politizaram, que na década de 1970 esse grupo avançou na vida profissional, e que na década de 1990 esse grupo alcançou importantes postos na política, no governo, na economia, na educação e na mídia; em poucos anos, arrematou Schlink, *sua estrela deixaria de brilhar...*[155].

O passado teria dimensionado o modo como a geração de Schlink compreenderia a liberdade, a igualdade e um sistema justo de governo[156]; e foi essa geração que esteve à frente do Tribunal Constitucional, dos postos mais

---

[153] Ibidem, p. 15. No original: *"(...) The crimes committed before 1945 did not include only perpetrators, inciters, and acessories to the crimes: there were also those who were fully capable of resistance and opposition but did nothing. After the crimes had been committed it was possible to either maintain or withdraw solidarity fom them. The perpetrators and those who were implicated in one way or another in the crimes could have either remained within the circle of solidarity or have been cast out of it. The legal historical perspective shows that the act of not renouncing, not judging and not repudiating carries its own guilty with it".*
[154] Ibidem, p. 17.
[155] Ibidem, p. 23.
[156] Ibidem, p. 24.

importantes no governo, das cátedras de Direito Constitucional e Administrativo, da aplicação da Lei Fundamental de 1949. Essa geração cresceu e foi formada sob forte influência das reminiscências do III º Reich e do holocausto[157]. Na raiz do problema, ainda segundo Schlink, em tradução livre nossa:

> O que é ao mesmo tempo historicamente único e persistentemente perturbador sobre o holocausto é que a Alemanha, com sua herança cultural e lugar definido entre as nações civilizadas, foi capaz desse tipo de atrocidade. Isso levanta questões perturbadoras: se a camada de gelo que envolve uma civilização culturalmente avançada, sobre a qual alguém com segurança se rejubila, fora de fato uma camada tão fina naquele tempo, pergunta-se quão forte seria essa camada de gelo sobre a qual hoje se vive. O que nos protege contra o fato de que essa camada pode-se quebrar e que podemos cair? A moralidade individual? As instituições sociais e estatais? Essa camada de gelo se tornou mais grossa com o tempo ou a passagem do tempo apenas nos permitiu que esqueçamos o quão fina é essa camada na realidade?[158].

Esse problema se coloca sobre várias outras e inusitadas formas. Schlink lembra que à época da reunificação da Alemanha, discutia-se se os magistrados que atuavam na Alemanha Oriental permaneceriam à frente de suas respectivas jurisdições[159]. Havia intensa oposição, por parte dos juízes que atuavam na Alemanha Ocidental, onde Schlink vivia e judicava. Argumentava-se que os juízes da Alemanha Oriental não teriam sido capazes de defender e manter a independência da Magistratura, seguindo, em regra, as ordens que eram dadas pelos líderes do partido comunista[160].

---

[157] Ibidem, p. 25.

[158] Ibidem, p. 29. No original: *"What is both historically unique and persistently disturbing about the Holocaust is that Germany, with its cultural heritage and place among civilised nations, was capable of those kinds of atrocities. It elicits troubling questions: if the ice of a culturally-advanced civilisation upon which one fancied oneself safely standing was in fact so thin that at that time, then how safe is the ice we live upon today? What protects us from falling through it? Individual morality? Societal and state institutions? Has the ice grown thicker with time or has the passage of time onlu allowed us to forget how thin it really is?"*.

[159] Ibidem, p. 31.

[160] Ibidem, loc. cit.

Não poderiam, portanto, à luz desse argumento, exercer a magistratura. Não poderiam ser juízes independentes em um Estado de Direito, no qual pontificava uma legalidade jurídica inspiradora e garantidora do bem-estar e da segurança da coletividade. Porém, problematiza Schlink, os juízes da Alemanha Ocidental não queriam desagradar autoridades políticas, de quem alguma ascensão na carreira se esperava; havia dependência para com promoções. Por isso, magistrados da República Federal Alemã assinaram uma petição coletiva[161]; a diferença de papeis era meramente quantitativa, e não substancialmente qualitativa.

É nessa ambiência, marcada pela destruição massiva da Alemanha e da Europa protagonizada pelo regime nacional-socialista, e caracterizada por tais perplexidades e dilemas, que acaba por se refundar o Estado e o constitucionalismo, em especial, no que diz respeito ao objeto do presente livro, mediante a elaboração e entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn e do Tribunal Constitucional Federal, temas do próximo e derradeiro capítulo.

[161] Ibidem, loc. cit.

CAPÍTULO 5

A LEI FUNDAMENTAL DE BONN DE 1949: A RESTAURAÇÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E DO ESTADO DE DIREITO

5.1 Contexto e reconstrução da trajetória constitucional desde 1849. 5.2 O processo de elaboração e de entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949 e a constituição da República Federal da Alemanha. 5.3 Breve apresentação do conteúdo da Lei Fundamental, em especial dos princípios estruturantes e sistema dos direitos fundamentais. 5.3.1 Preâmbulo e dignidade humana. 5.3.2 República, Democracia, Federação, Estado de Direito e Estado Social. 5.3.2.1 A República como forma de governo. 5.3.2.2 Democracia e Soberania Popular. 5.3.2.3 O Estado de Direito. 5.3.2.4 O Estado Federal. 5.3.2.5 A decisão pelo Estado Social. 5.3.3 O Estado Ambiental de Direito - O dever de proteção dos recursos naturais e dos animais. 5.3.4 Os Direitos Fundamentais. 5.3.5 A organização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. 5.3.5.1 Poder Legislativo. 5.3.5.2 O Presidente Federal (*Bundespräsident*). 5.3.5.3 O Governo Federal. 5.3.5.4 Do Poder Judiciário. 5.4 A atualização do texto constitucional e a reunificação da Alemanha sob a égide da LF.

5.5 A "queda do muro", a reunificação e a adoção da Lei Fundamental de 1949 como Constituição da Alemanha unificada. 5.6 Algumas notas sobre o impacto da Lei Fundamental sobre o constitucionalismo brasileiro.

5.1 Contexto e reconstrução da trajetória constitucional desde 1849

A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, aprovada em Bonn, então capital da assim chamada Alemanha ocidental, em maio de 1949, representou, do ponto de vista jurídico-político, a restauração do Estado, da legitimidade democrática e do Estado de Direito, pelo menos no âmbito territorial abarcado pelas zonas de ocupação dos EUA, França e Inglaterra, visto que o caminho trilhado nos domínios do leste alemão, sob a influência da URSS, acabou sendo outro, dada a divisão da Alemanha em dois Estados independentes entre si.

Para que se possa melhor compreender o contexto no qual se deu a elaboração da Lei Fundamental, calha recuperar, em largos traços, a trajetória constitucional anterior, tal como abordada na presente obra.

Como visto, a malograda tentativa de estabelecer uma ordem constitucional democrática para toda a Alemanha, representada pela Revolução de 1848/49 e pela elaboração da Constituição da Igreja de São Paulo (*Paulskirchenverfassung*), de cunho democrático-liberal e dotada de um moderno catálogo de direitos fundamentais, sucedida pela unificação político-territorial e formação do assim chamado primeiro "Reich" (Império) alemão, governado por Guilherme I e pelo "Chanceler de Ferro" Otto von Bismarck e dotado de uma constituição escrita própria (1871)[1], acabou fazendo com que apenas a derrocada da Monarquia e a instauração da República, na sequência da Primeira Grande Guerra Mundial, permitissem a promulgação de uma primeira (e até o advento da Lei Fundamental de 1949, a única) Constituição Democrática para a Alemanha, a tão citada Constituição da República de Weimar, de 1919, também conhecida como modelo do constitucionalismo democrático e social contemporâneo.

A época de Bismarck materializou o pangermanismo de forma conservadora[2]. O revanchismo francês decorrente da guerra franco-prussiana impulsionou o primeiro grande conflito mundial[3]. Os dois conflitos mundiais do

---

[1] Sobre a Constituição Imperial de 1871, *vide* as sínteses de ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte,* 7. ed., München: C.H. Beck, 2007, p. 120 e ss., e de FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, 11. ed., München: C.H. Beck, 2012, p. 203 e ss.

[2] Cf. KENT, George. *Bismarck e seu tempo*, Brasília: Editora da UnB, 1992, p. 9.

[3] Cf. JOLL, James. *Europe since 1870- an Intelectual History,* London: Penguin Books, 1990, p. 196.

século XX, inicialmente europeus, pautaram uma agenda constitucional alemã, que oscilou do estado de exceção construído a partir de um voluntarismo inusitado na interpretação da Carta de Weimar à dogmática dos direitos fundamentais, derivada da ordem constitucional do pós-guerra.

Ainda que do ponto de vista de sua concepção e de seu conteúdo a Constituição de Weimar não possa ser seriamente questionada quanto às suas virtudes democráticas e no que diz com a sua relevância para o desenvolvimento das instituições políticas, sociais e jurídicas alemãs, o contexto definitivamente não lhe era favorável, logo sendo – embora formalmente em vigor durante mais tempo – sido superada pela fúria nacional-socialista e pela gradativa – mas rápida – instalação de um regime totalitário apenas rivalizado, na época, pelo vizinho totalitarismo implantado na União Soviética por Josef Stalin.

A trajetória instável vivenciada pelas instituições político-democráticas sob a égide da Constituição de Weimar, minada desde cedo pela resistência reacionária e pela pressão exercida pelos radicalismos protagonizados especialmente pelos partidos nacional-socialista e comunista, acabou permitindo que Adolf Hitler, por força de uma coalizão partidária, fosse nomeado Chanceler e logo passasse a reivindicar e obter poderes de cunho excepcional, assegurando—lhe, em pouco tempo, o total controle, mediante a eliminação de toda e qualquer oposição (uma reforma legislativa garantiu o monopólio por parte do Partido Nacional-Socialista – a NSDAP), inclusive mediante recurso à força amparado em documentos “legais”, para além da abolição da Federação e instalação de um Estado Unitário e Centralizado (Hitler passou, após a morte do Presidente Hindenburg, a concentrar a Chefia de Estado e de Governo), culminando – por meio do que se chegou a chamar de “revolução legal”[4] - na afirmação de um Estado do “Führer” (*Führerstaat*)[5].

Como visto, a constituição da República de Weimar, documento normativo que emergiu de uma Alemanha humilhada, contemplou direitos sociais e trabalhistas, indicando precocemente a polarização ideológica que marcaria o

[4] A expressão teria sido cunhada por Heinrich TRIEPEL, em artigo publicado em 02.04.1933 no *Deutsche Allgemeine Zeitung*, conforme averbam FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, op. cit. p. 297.
[5] Cf., por todos, ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 140-42.

expurgo de Rosa Luxemburgo e o desenvolvimento do nazismo. Triunfou transitoriamente este último, que acentuou absurdamente as tendências centralizadoras que já se verificavam no texto weimariano[6].

Embora ainda formalmente em vigor, a Constituição de Weimar valia e era aplicada apenas e na exata medida em que não entrasse em conflito com a normativa – em rigor, com o que se pode designar de direito constitucional em sentido material nacional-socialista – imposta pelo regime totalitário. Com a eclosão da Segunda Grande Guerra o totalitarismo chegou ao seu ápice, mas logo vieram a derrota e a completa destruição do Estado Nacional-Socialista e da própria Alemanha, visto que com a ocupação aliada e com a divisão do território do antigo "Reich", a própria identidade alemã como um Estado soberano entrou em um período de suspensão.

Ao fim e ao cabo, o Reich dos 1000 anos, como profetizado pelos líderes nacional-socialistas, não passou de 12. O pesadelo nazista deixou com sua débâcle uma ruptura na política internacional, que ainda precisou de meio século para se rearticular. Com o término da guerra viveu-se época de transição, marcada pela ocupação dos exércitos aliados, e pela reelaboração de conteúdos conceituais constitucionais, que foram plasmados no texto original de 1949. Nesse contexto, é também de cimeira importância referir a adoção pelas potências aliadas daquilo que se designou de uma política dos cinco *d's: desmilitarização, desnazificação, democratização, desarmamento e descentralização*[7].

De fato, é de se reconhecer que os aliados (Inglaterra, EUA, França e URSS) não apenas assumiram o poder, mas sim, a integralidade do poder estatal e com isso também as correspondentes funções da soberania,[8] muito embora nem todos concordem com a tese do desaparecimento temporário do Estado alemão como tal, inclusive de acordo com entendimento expressado bem mais tarde pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha[9].

---

[6] Cf. DAVID, Claude. *Hitler et le Nazisme,* Paris: PUF, 1991, p. 69.
[7] Cf. O´DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945,* New York: Palgrave Macmillan, 2004, p. 5.
[8] Cf., por todos, FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 342.
[9] *Vide* aqui também as referências de FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo, *Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 344, destacando-se os argumentos de que mesmo a capitulação incondicional das forças armadas e a ocupação do território não equivalem a um desaparecimento do Estado e mesmo das funções da soberania (ainda que fortemente impactadas), por outro lado,

O ressurgimento do Estado – ainda assim em um contexto e sob condições peculiares – acabou ocorrendo com a entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949 (doravante LF), pelo menos no caso da então Alemanha Ocidental. Acompanhando Hans Vorländer, é plausível afirmar que a República Federal da Alemanha foi – a despeito do perfil da LF na percepção de seus próprios autores, é possível agregar - o resultado de uma decisão constituinte[10].

É preciso enfatizar que evidentemente a República Democrática Alemã (DDR – *Deutsche Demokratische Republik*) também passou por um processo similar, constituindo-se em um novo Estado (conhecido como Alemanha Oriental) e com uma constituição própria, promulgada em 7.10.49, igualmente submetida à aprovação pelas forças de ocupação soviéticas, mas que foi posteriormente substituída por duas novas constituições, respectivamente, em 6.4.68 e 7.10.74.

Sem prejuízo da importância da evolução constitucional para assim chamada Alemanha Oriental, aqui não será o caso de adentrarmos seu exame[11], especialmente em virtude da adoção, quando da reunificação alemã, da Lei Fundamental de Bonn como sendo a constituição da Alemanha unificada, o que, por sua vem, constitui o foco da presente abordagem.

5.2 O processo de elaboração e de entrada em vigor da Lei Fundamental de 1949 e a constituição da República Federal da Alemanha

A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)* é de 24.5.1949. O momento histórico e o respectivo contexto em que se deu a sua elaboração, embora já em parte referidos acima, merecem, contudo, uma atenção um pouco maior, o que se deve tanto às peculiaridades que marcaram o processo, inclusive no que diz com a legitimação

---

decisiva a circunstância de que o território alemão não foi anexado (a não ser parcialmente) pelos Estados vitoriosos, não se estabelecendo, ademais, uma relação de absoluta submissão.

[10] Cf. Hans VORLÄNDER. *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, 2 ed., München: C.H. Beck, 2004, p. 78.

[11] Para uma breve notícia sobre a evolução constitucional da Alemanha Oriental, *vide*, por todos, ZIPPELIUS, Reinhold, *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte*, op. cit., p. 156 e ss, bem como, com já maior desenvolvimento, BRUNNER, Georg. Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 3. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, pp. 531-596.

democrática da nova ordem constitucional, mas também no que diz respeito à relevância do contexto na determinação do conteúdo da Lei Fundamental e seu cunho em parte significativa inovador e que logrou não apenas alcançar níveis de consistência, durabilidade e aceitação invulgares, como expressiva repercussão internacional.

Já a utilização da expressão *Grundgesetz* (Lei Fundamental) ao invés de *Verfassung* (Constituição) suscita compreensão originariamente provisória do texto aprovado em 1949, entendimento que, aliás, se revelou ser bastante compartilhado na esfera política e no seio da literatura jurídico-constitucional, o que todavia, será objeto de maior desenvolvimento logo adiante.

Sobre o momento e o contexto político, social e econômico no qual se insere o processo de elaboração da LF, incluindo a decisão tomada pelas forças de ocupação nesse sentido, faz sentido invocar a difundida metáfora de que entre a rendição incondicional aos aliados em 08.05.1945 e a fundação do novo Estado com a entrada em vigor da LF, quatro anos depois, a Alemanha vivia uma "hora zero" (*Stunde Null),* representando aqui o sentimento de muitos, isto pelo fato de que no respeitante ao direito constitucional e à própria estatalidade, é inquestionável que pelo menos a forma externa do Estado antes existente havia sido destruída, ainda que altamente controversa a tese – embora minoritária e defendida principalmente por Hans Kelsen e Hans Nawiaski - de que o próprio Estado tenha desaparecido por completo[12].

Independentemente dessa querela, calha consignar aqui a lição de Michael Stolleis, no sentido de que tanto o domínio pelas forças de ocupação quanto a reconstrução do Estado alemão se deram em diferentes níveis, de modo sincrônico e não como uma mera sequência cronológica de retratos fixos, marcada, dentre outros aspectos, da relação entre política externa (dada a dependência das zonas de ocupação de decisões políticas externas, Washington e Moscou, em primeira linha, mas também em Londres e Paris) e interna; nesse contexto, destacam-se –

[12] Cf. STOLLEIS, Michael. Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol.1, 3.ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 270-71 (sobre o debate em torno da existência ou não de um Estado depois da rendição incondicional e divisão da Alemanha em zonas de ocupação e as diversas teses sustentadas, *vide* pp. 284-87).

a partir das decisões tomadas na conferência e acordo de Potsdam (respectivamente 05 de junho e 02 de agosto de 1945) no período entre 30.07.1945 a 20.03.1948, o Conselho de Controle Aliado e as decisões tomadas nas conferências semestrais que reuniam os ministros das relações exteriores das potências vencedoras [13].

Nas zonas de ocupação o poder era exercido pelos governos militares, vinculados externamente aos respectivos governos, mas em princípio com ampla liberdade de ação na esfera interna, estruturadas de modo dúplice, mediante a divisão das atribuições entre um governo das formas armadas e um governo civil exercido, contudo, também por militares[14].

Aspecto relevante para a então ainda não definida criação da República Federativa da Alemanha e elaboração da LF foi o fato de que no interior das zonas ocupadas foram formados estados, que cumpriam simultaneamente a função de estruturas de execução das forças de ocupação e de representação dos interesses do estado e de sua população em face daquelas, mas regidas e organizadas de modo distinto de acordo com as diretrizes estabelecidas pelos governos ocupantes, designadamente, uma administração central – zonas Britânica (neste caso acompanhada de uma conferência dos chefes dos governos estaduais) e Soviética, um conselho dos estados, com a realização de conferências dos respectivos Ministros-Presidentes na zona Norte-Americana[15].

Outro passo decisivo foi a criação, em julho de 1948, de uma conferência alemã-ocidental dos Ministros-Presidentes dos estados das três zonas de ocupação (Norte-Americana, Britânica e Francesa) que se tornou importante esfera de articulação e ação, especialmente perante as forças de ocupação, tudo isso reforçado pelo estabelecimento de uma área econômica unificada, de tal sorte que, para a formação da República Federal da Alemanha, foram necessários apenas alguns desenvolvimentos de natureza organizacional[16].

Nessa quadra, já fazia algum tempo que as relações de amizade e cooperação (em verdade nunca realmente autênticas) entre as potências aliadas

---

[13] Ibidem, p. 273.
[14] Ibidem, p. 273.
[15] Ibidem, p. 273.
[16] Ibidem, p. 273.

que dominavam a Alemanha dividida em zonas de ocupação, em especial entre os Estados Unidos e a Grã Bretanha por um lado, e a União Soviética, por outro, começavam a deteriorar e se converter num conjunto de ações que resultaram na divisão da Alemanha em dois Estados independentes entre si e, ao fim e ao cabo, nas assim chamadas "cortina de ferro" e *Guerra Fria.*

Tal processo foi marcado, entre outros momentos e passos importantes, pela frustração de um consenso entre as potências aliadas em torno das alternativas para uma reunificação da Alemanha a partir das zonas de ocupação e uma política comum em relação à questão Alemã, a paralela desagregação das relações entre os estados alemães das zonas de ocupação ocidentais e os que se encontravam sob jugo da União Soviética, a ruptura, mediante reformas monetárias realizadas pelos aliados ocidentais e a União Soviética, soterrando-se com isso o mercado comum e moeda únicas e, na mesma linha, solapando os pressupostos econômicos para a unidade[17].

Em 1948, começou a tomar forma, de modo acelerado, o processo de restauração da estatalidade e da criação das duas Alemanhas, a República Federal da Alemanha -doravante RFA (Alemanha Ocidental), e a República Democrática Alemã – doravante RDA (a Alemanha Oriental).

Nesse sentido, verificou-se forte influência dos países aliados que então ocupavam a Alemanha Ocidental e que apostavam no processo de reunificação como contrapeso à influência soviética no contexto geopolítico europeu. Em Londres, representantes da Inglaterra, da França, dos Estados Unidos, da Bélgica, da Holanda e de Luxemburgo (o grupo denominava-se de *London 6-Powers*) recomendaram, em 1º.7.48, a criação de um Estado Alemão, na porção ocidental da Alemanha, em oposição à situação política que se desenhava, na porção oriental, de ocupação soviética.

Subsequentemente, realizou-se um encontro diplomático em Frankfurt, no qual se produziram importantes textos, os três *Frankfurt Documents* (Documentos de Frankfurt) entregues aos vários governadores dos *Länder* da Alemanha

[17] Cf. por todos, MUSSNUNG, Reinhard. Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland,* vol. I, 3. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 317-322.

ocupada por ingleses, franceses e norte-americanos, estabelecendo: a) a atribuição de poderes aos Ministros-Presidentes dos estados a convocação de uma Assembleia Constituinte (Documento nº 1); b) a tarefa de elaborar propostas para uma nova formatação territorial da Alemanha Ocidental (Documento nº 2); c) fixando diretrizes aos governos estaduais relativamente ao estatuto da ocupação que deveria viger quando da promulgação e entrada em vigor da nova Constituição da Alemanha Ocidental (Documento nº 3)[18];

Mas, para o processo de elaboração da ainda futura LF e do seu conteúdo, o Documento nº 1 é o que de fato assumiu relevância, merecendo algumas notas adicionais.

No que mais importa, o Documento estabelecia regras mais detalhadas sobre a eleição e constituição da Assembleia Constituinte (que deveria ser constituída e instalada até mais tardar 1º de setembro de 1948, traçava uma moldura geral a ser observada quanto ao conteúdo da Constituição a ser elaborada, além de prever como essa deveria entrar em vigor, incluindo a necessidade de ser submetida à prévia aprovação pelos governos de ocupação[19].

Note-se que o Documento nº 1 também incorporou as conclusões, quanto ao tema da criação de um novo Estado e, em especial, de sua Constituição, consolidadas no comunicado final da Comissão sêxtupla reunida em Londres, de 07.06.1948, no sentido da exigência de um Estado Democrático e Federal de Direito, que assegurava os direitos dos *Länder*, e de um sólido catálogo de direitos e liberdades individuais. O número de representantes na Assembleia Constituinte foi limitado a um para cada 750.000 habitantes da Alemanha Ocidental, exigindo que as eleições se dessem em nível estadual, deixando, no mais, ampla liberdade de conformação para os poderes legislativos estaduais no que tange a demais detalhes do procedimento, inclusive a decisão sobre se a eleição dos representantes seria direta ou indireta[20].

A reação por parte das lideranças políticas alemãs, designadamente dos Ministros-Presidentes dos estados, teve de ser imediata, dado o escasso tempo,

[18] Ibidem, p. 322-23.
[19] Ibidem, p. 323.
[20] Ibidem, p. 323-24.

cerca de um mês e meio, para deliberar sobre a aceitação, ou não, dos poderes para a elaboração de uma nova constituição para a Alemanha Ocidental. Por ocasião de reuniões realizadas em Frankfurt (01.07.1948) e Koblenz (08-10.07.1948), foi tomada a decisão de aceitar tais poderes, mas buscando, ao máximo, resistir no tocante à instituição em definitivo de um novo Estado, dadas as circunstâncias de uma Alemanha dividida e ocupada, devendo tanto a Constituição quanto o Estado a ser criado e instituído, assumir um caráter provisório vinculado e de duração limitada à manutenção de tais condições[21].

Na esteira dessa deliberação, foi proposta aos aliados a elaboração apenas de uma Lei Fundamental (e não de uma Constituição no sentido próprio do termo), solicitando dispensa de um referendo popular direto, submetendo a aprovação tão somente aos parlamentos dos estados e condicionando a sua entrada em vigor exclusivamente a uma autorização dos governos de ocupação, de tal sorte que a decisão final sobre a formação de um Estado federal e sua Constituição não fosse dos alemães ocidentais [22].

As propostas foram substancialmente refutadas pelos governos militares, que, de início, apenas acolheram o desejo de designar a Assembleia Constituinte de Conselho Parlamentar (*Parlamentarischer Rat*), cujos integrantes deveriam, contudo, ser escolhidos livremente pelos estados, além da indispensabilidade de um referendo popular relativamente ao texto constitucional, assumindo o povo alemão a responsabilidade pela sua constituição e pelo novo Estado[23].

À vista disso, reunidos em 21 e 22.07.1948, os governantes estaduais alemães, reunidos no Palácio Niederwald, em Rüdesheim, decidiram por aceitar ainda assim os poderes e diretrizes do Documento nº 1, mantendo, contudo, a designação de Lei Fundamental, assumindo o compromisso de que a escolha dos membros do Conselho Parlamentar se daria na esfera dos estados, ademais da promessa de que o documento aprovado pelo Conselho Parlamentar seria submetido à ratificação amplamente democrática, direta ou indiretamente, manifestando expressamente a preferência pela via indireta, ou sejam pelos

---

[21] Ibidem, p. 324.
[22] Ibidem, p. 325.
[23] Ibidem, p. 325.

Parlamentos dos diversos estados, o que, ao fim e ao cabo, foi aceito e aprovado pelos governos militares de ocupação, na conferência final realizada em Frankfurt, em 26.07.1948 (*Frankfurter Schlusskonferenz*), de tal sorte que agora era o caso de se dar início aos trabalhos[24].

Tendo em conta o pouco tempo disponível para a instalação do Conselho Parlamentar a única opção viável é que a eleição dos seus integrantes fosse realizada de modo indireto, pelos Parlamentos estaduais, mediante observância da regra (estabelecida pelo Documento nº 1) de um representante para cada 750.000 habitantes, resultando num total de 65, além de 05 representantes berlinenses sem direito a voto e que, por determinação dos governos de ocupação, atuariam como meros observadores; além disso, decidiu-se que o Conselho Parlamentar seria sediado na cidade de Bonn e acabou sendo instalado em 01.09.1948[25].

Para municiar o Conselho Parlamentar, os Ministros Presidentes dos estados alemães ocidentais convocaram, em 25.07.1948, uma comissão encarregada de elaborar uma minuta do texto da Lei Fundamental para ser submetido ao Conselho Parlamentar, comissão que foi intitulada de *Verfassungskonvent* (Convenção Constitucional), formada por representantes indicados pelos estados (um por estado) e que se reuniu no período de 10 a 23.08.1948 em um palácio construído no Século XIX pelo Rei Luís II da Baviera, situado numa ilha de um lago daquele estado, denominada de *Herrenchiemsee*, de onde o nome que foi dado ao grupo: *Convenção de Herrenchiemsee*[26].

As reuniões do grupo foram dominadas por Carlo Schmid [27], constitucionalista ilustrado, socialdemocrata, nascido na França, filho de uma francesa. A convenção constitucional de *Herrenchiemsee* não tinha por objetivo tomar decisões políticas prévias, mas sim, elaborar um texto contendo os fundamentos constitucionais (inclusive indicando alternativas) nos quais o Conselho Parlamentar iria basear os seus trabalhos, tratando-se, nesse sentido,

---

[24] Ibidem, p. 326.
[25] Ibidem, p.326.
[26] Ibidem, p. 328.
[27] Não se pode confundir Carlo Schmid com Carl Schmitt, constitucionalista e teórico político altamente influente (embora polêmico) na época de Weimar e também durante a ditatura nazista.

mais de uma comissão científica[28].

Instalado conforme previsto em 01.09.1948, o Conselho Parlamentar iniciou os seus trabalhos, na cidade de Bonn (que veio a ser a primeira capital da República Federal da Alemanha), presidido por Konrad Adenauer, futuro Chanceler e Chefe de Governo, debruçando-se sobre o texto elaborado pela Convenção Constitucional, representada, no Conselho Parlamentar, por Carlo Schmidt, Josef Schwalber e Adolf Süsterhenn. Integrado por apenas 65 representantes com direito à voto, com idade média de 55 anos, ademais da ausência de uma bancada suficientemente forte para sozinha impor sua marca no texto da LF, não sendo viável adotar uma política partidária, o resultado foi o de um texto juridicamente sóbrio e substancialmente atemporal, que deixou as decisões políticas em matéria social e econômica para o legislador ordinário[29].

Aspecto de indispensável menção, é o fato de que os trabalhos do Conselho Parlamentar foram monitorados pelos governos militares de ocupação, que chegaram a elaborar dois memorandos (22.11.1948 e 02.03.1949), mediante os quais buscaram impor um estado federal descentralizado e limitar substancialmente as competências da União, sendo a redação do projeto da LF aprovado pelos governos ocupantes aliados em 25.04.1949, submetido ao Conselho para uma segunda e terceira leitura e a versão final aprovada em última votação realizada em 08.05.1949, seguida da aprovação pelos governos militares Norte-Americano, Britânico e Francês em 12.05.1949, que , a despeito de diversas ressalvas, liberaram a ratificação; após o processo de aprovação pelos parlamentos estaduais, encerrada em 21.05.1949, o texto final foi redigido e promulgado em sessão do Conselho Parlamentar realizada em 23.05.1949, tendo entrado em vigor, após sua publicação, ainda no mesmo dia[30].

Todavia, a despeito da entrada em vigor da LF em 23.05.1949, a criação propriamente dita do novo Estado, da República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental), em especial na condição de um Estado soberano, ainda levou algum tempo para se concretizar, porquanto, dentre outras razões, ainda se encontrava

[28] Cf. MUSSNUNG, Reinhard, op. cit., p. 329.
[29] Ibidem, p. 331-333.
[30] Ibidem, p. 241-246.

sob a curatela dos aliados, inclusive quanto ao direito de ocupação, tendo pois autonomia limitada, além do fato de que qualquer alteração do texto da LF deveria ser submetida à aprovação das autoridades dos governos aliados, de tal sorte que a República Federal da Alemanha obteve sua soberania efetivamente apenas em 05.05.1955, com o fim do estatuto de ocupação[31].

É de se sublinhar que a nova ordem constitucional entrou em vigor e foi aplicada durante um considerável período no contexto de reconstrução da Alemanha, época marcada pela lógica de *um novo começo*[32], que pautou a década de 1950[33], embora o problema do confronto com a culpa pela Segunda Grande Guerra e os horrores do Holocausto e demais crimes de guerra praticados pela Alemanha e seus aliados[34].Nesse contexto, é significativo que de acordo com o artigo 139, LF, as disposições legais destinadas à libertação do povo alemão do nacional-socialismo e do militarismo não deverão ser afetadas, seguindo em vigor[35].

A LF foi concebida também como arranjo institucional que não obstruísse um natural caminho que deveria ser seguido até a reunificação. Trata-se do chamado *Wiedervereinigungsgebot (princípio/mandado de reunificação)*, isto é, todos os órgãos da República Federal da Alemanha deveriam fazer tudo o que fosse possível para que a Alemanha se reunificasse[36].

Um tema de intenso debate foi durante muito tempo (e até hoje ainda em parte controverso) a legitimidade do processo constituinte e, por conseguinte, da própria LF, pois como visto acima, embora, em certo sentido, de modo compreensível, não foram os políticos alemães da época os protagonistas do processo constituinte, mas sim os governos de ocupação aliados, com destaque

---

[31] Ibidem, p. 348-49.

[32] Cf. KLEINDIENST, Jürgen (org.). *Deutschland- Wunderland- Neubeginn- 1950-1960- Erinnerungen aus Ost und West,* Berlin: Zeitgut Verlag, 2003.

[33] Cf. BÖNISCH, Georg; WIEGREFE, Klaus (org.). *Die 50er Jahre- vom Trümmerland zum Wirtschaftswunder,* München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2006.

[34] Cf. FREI, Norbert. *1945 und Wir- Das Dritte Reich im Bewustein der Deutschen,* Ulm: Verlag C. H. Beck, 2005, especialmente pp. 156 e ss.

[35] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 139 - "*Die zur "Befreiung des deutschen Volkes vom Nationalsozialismus und Militarismus" erlassenen Rechtsvorschriften werden von den Bestimmungen dieses Grundgesetzes nicht berührt".*

[36] Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 160.

para os EUA, que, no lado ocidental e em virtude da crescente polarização em relação à União Soviética, que havia assumido o controle do lado oriental (o qual, como apontado, seguiu seu próprio caminho inclusive em matéria constitucional), julgavam ser imprescindível a criação de um Estado alemão ocidental, o que, por sua vez, implicava a necessidade da elaboração de uma constituição.

Como igualmente já destacado, um dos fatores que determinou a resistência, pelo menos inicial, ao projeto do governo de ocupação em promover a elaboração de uma Constituição, foi precisamente o receio de que com isto se estaria chancelando a divisão da Alemanha, o que de fato veio a acontecer, embora se saiba que tal divisão não teria sido evitada, por si só, com a recusa em elaborar uma nova Constituição.

Ainda nesse contexto, com elação à elaboração da LF, há aspectos que, ainda mais se levado em conta a trajetória exitosa subsequente, chamam a atenção e merecem pelo menos breve registro. O primeiro, diz respeito à pergunta, que não raras vezes foi formulada, em relação ao quanto os governos de ocupação não podem e mesmo devem ser incluídos no rol dos pais da LF, haja vista que, como igualmente referido com mais detalhes, além da provocação do processo constituinte e a dependência da aprovação do texto final por parte das forças de ocupação, também algumas diretrizes sobre o conteúdo do texto constitucional foram estabelecidas e seu cumprimento monitorado.

Por outro lado, a despeito das diretrizes genéricas, não houve interferência direta na elaboração do texto. Outro ponto a ser reenfatizado diz com a ideia assumida pelos autores da LF de que se tratava de um documento provisório, no sentido de que assim que viesse a ocorrer a reunificação alemã, haveria então de ser elaborada a verdadeira Constituição, razão pela qual o artigo 146 estabelecia que a LF deixaria de vigorar tão logo fosse substituída por uma Constituição aprovada pelo conjunto do povo alemão.

Não foi, contudo, esse o destino da “provisória” LF, ainda que ao tempo da sua elaboração praticamente ninguém imaginasse outra coisa, pois prevalecia a opinião de que na Alemanha dividida não havia condições para a criação de uma

Constituição para todo o país[37]. Todavia, o contexto (econômico, social, político e cultural), o conteúdo, mas especialmente as próprias instituições criadas pela LF (que, portanto, integram o seu conteúdo), em pouco tempo levaram à afirmação e aceitação do documento aprovado pelo Conselho Parlamentar, mediante um processo de legitimação gradual e *a posteriori*[38].

5.3 Breve apresentação do conteúdo da Lei Fundamental[39], em especial dos princípios estruturantes e sistema dos direitos fundamentais

5.3.1 Preâmbulo e dignidade humana

Como manifesta reação ao passado recente da barbárie patrocinada pela ditadura totalitária nacional-socialista, bem como do contexto do Pós-Guerra marcado pela sua destruição e reconstrução, não foi à toa, que já no Preâmbulo (*Präambel*) a LF faz referência ao Povo Alemão (*das Deutsche Volk*), o qual, exercendo poder constituinte, adotou Lei Fundamental, fazendo-o "*consciente de sua responsabilidade perante Deus e os seres humanos*", bem como "*animado pela vontade de servir à promoção da paz no mundo*", e ainda, "*em igualdade de condições com os demais países membros de uma Europa unida*"[40].

---

[37] Cf. a manifestação da então Ministra Federal da Justiça da Alemanha, DÄUBLER-GMELIN, Herta. "50 Anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade". In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (Org). *50 Anos da Lei Fundamental*, São Paulo: EdUSP, 2001, p. 15, por ocasião de seminário alusivo aos 50 anos da Lei Fundamental, realizado na USP, em 1999. A tese de que a Lei Fundamental foi elaborada com caráter provisório, contudo, não é compartilhada por todos, pois há quem argumente que a inclusão da dignidade da pessoa humana, de um catálogo de direitos fundamentais e a previsão de cláusulas pétreas, ou seja, de conteúdos blindados ao próprio poder de reforma constitucional, são indicadores do contrário, de uma original pretensão de permanência. Nesse sentido, v. o contraponto de BENDA, Ernst. "O Espírito de Nossa Lei Fundamental". In: BRASILIENSE, José Mário; FERREIRA, Ivette Senise (Org). *50 Anos da Lei Fundamental*, op. cit., p. 93-94.

[38] Confira-se, nesse sentido, a síntese de MUSSNUNG, Reinhard, *Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 349-353.

[39] Optamos por citar os dispositivos da Lei Fundamental utilizando, diferentemente da forma original, a forma utilizada no Brasil, ou seja, artigo, § (parágrafo), número e letra, de modo a tornar o texto mais compreensível para o público brasileiro.

[40] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Preâmbulo - "*Im Bewußtsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen, von dem Willen beseelt, als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen, hat sich das Deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben.* (...)"

Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (a exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com outra expressão literal) a afirmação, consignada já no primeiro artigo da LF, da intocabilidade da dignidade humana e do dever do Estado de respeitá-la e protege-la, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana, fundamentos de toda a sociedade humana, da paz e da justiça no Mundo[41].

Tal afirmação, de resto, foi também, em especial na Convenção Constitucional e no Conselho Parlamentar, ademais de setores da doutrina, manejada como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado, sem prejuízo de uma referência assumida ao jusnaturalismo, ainda que a adesão ao positivismo jurídico e o seu peso para a tentativa de justificação de atos praticados no âmbito do sistema jurídico e judiciário sob a égide da ditadura nazista – especialmente, como já discutido, a escusa da "mera aplicação da lei" - sejam bastante controversos, o que, contudo, aqui não será mais desenvolvido[42].

Mas foi o reconhecimento solene da dignidade humana como princípio fundamental estruturante e os correspondentes deveres de respeito e proteção logo no primeiro artigo da LF, de modo pioneiro e original na Época, que marcou profundamente os traços identitários da nova ordem estatal e jurídico-constitucional, em especial a compreensão e aplicação dos direitos fundamentais e dos demais princípios estruturantes que serão objeto de atenção logo a seguir,

---

[41] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 1º - "*(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt;(2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt*".

[42] Hoje é sabido que a jurisprudência nacional-socialista de longe se limitava à aplicação estrita de textos legais, mas operava de forma criativa, inclusive pelo fato de a ideologia nacional-socialista tinha a pretensão de ser uma espécie de Direito "natural", anterior e superior ao direito positivo. Nesse sentido, a sintética, mas precisa manifestação de MÖLLERS, Christoph, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhald*, op. cit., p. 18. Para maior desenvolvimento, *vide*, entre outros, a paradigmática monografia de RÜTHERS, Bernd. *Die Unbegrenzte Auslegung*, Tübingen, 6.ed., Mohr Siebeck, 2006, bem como a coletânea de ensaios consolidados por STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

o que se deu também em grande medida pelo labor da doutrina e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) igualmente criado pela LF.

Nesse sentido, indispensável sublinhar a afirmação da concepção de que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal[43], ao que deve ser somada a ideia de que o respeito e proteção da dignidade humana (assim como se pode também dizer em relação aos direitos fundamentais) operam como parâmetro e diretriz da legitimidade material do Estado e da ordem jurídica, expressando a tomada de uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado[44].

Embora não se trate aqui de desenvolver mais o tema, dentre as funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, destaca-se, pela sua magnitude, o fato de ser considerado, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, no "ponto de Arquimedes do estado constitucional"[45]. Nesse sentido, tal como sinalou Ernst Benda, antigo Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a dignidade humana assumiu a condição de valor jurídico fundamental da comunidade[46], caracterizando-se, outrossim, como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)[47].

Também por tais razões, pontua-se que, na perspectiva de sua dimensão objetiva, impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana,[48] na

---

[43] Cf. BLECKMANN, A., op. cit., p. 539.

[44] Neste sentido, a oportuna lição de BADURA, Peter, op. cit., p. 87.

[45] Cf. HAVERKATE, G. op. cit., p. 142.

[46] Cf. BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: BENDA, E.; MAIHOFER W.; VOGEL, H. J. (Org.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. ed, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, p. 164, lição esta que – embora voltada ao art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha – revela-se perfeitamente compatível com a posição outorgada pelo nosso Constituinte de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

[47] Cf. STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, München: C.H. Beck, 1988, p. 23, sem que aqui se vá explorar a controvérsia em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

[48] Cf. HÖFLING, Wolfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 3 Grundgesetz. In: SACHS, Michael (Org.),

medida em que o mesmo serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico[49].

Nesse contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência,[50] vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados)[51].

Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de promover medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos)[52].

Grundgesetz – Kommentar, München: C.H.Beck, 1996, p. 116.

[49] Nesse sentido, já lecionavam NIPPERDEY, H. C. In: NEUMANN, Franz L.; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHEUNER, Ultich. (Org.), *Die Grundrechte*, vol. II, Berlim: Duncker & Hulmboldt, p. 23, analisando o modelo germânico e MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed, München: C.H.Beck.,1994, p. 183.

[50] Neste sentido, a lição de STERN, Klaus, *Das Staatsrecht*..., vol. III/1, op. cit. p. 28-9.

[51] Muito embora não estejamos de acordo com tal ponto de vista (notadamente no que diz com a negativa de uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais) cumpre lembrar que é justamente a partir do reconhecimento de deveres gerais e específicos de proteção por parte do Estado contra atos de outros particulares violadores da dignidade e dos demais direitos fundamentais, que expressiva doutrina vem sustentado, pelo menos, uma eficácia indireta dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, já que apenas o poder público é destinatário dos deveres de proteção. Neste sentido, paradigmaticamente, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999, p. 33 e ss.

[52] Cf., por todos, RIXEN, Stephan. "Die Würde und Integrität des Menschen". In: HESELHAUS, Sebastian F; NOWAK, Carsten (Ed.). *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/WIen/Bern: C.H.Beck, Linde, Stampfli & Cie AG, 2006, p. 355.

Quanto ao seu conteúdo, a despeito da multicitada afirmação de que a dignidade humana seria uma "tese não interpretada" (Theodor Heuss)[53], doutrina e jurisprudência passaram a reconhecer, ademais deu uma dupla dimensão subjetiva e objetiva e de uma função defensiva e prestacional, uma série de elementos definidores de um conceito jurídico-constitucional de dignidade humana, que, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais[54].

Como ponto de partida desse processo de "construção" de um conceito jurídico de dignidade humana e da definição de seu âmbito de proteção, não há como deixar de citar a fórmula desenvolvida por Dürig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos[55].

Como bem consignou Michael Sachs, tal fórmula parte de uma definição da dignidade considerando seu âmbito de proteção, traduzindo uma opção por uma perspectiva que prefere determinar este âmbito de proteção a partir de suas violações no caso concreto.[56] Note-se, outrossim, que a "fórmula-objeto" de Dürig, muito embora largamente (mas não exclusivamente) acolhida e adotada

---

[53] Cf. sempre tem sido lembrado no âmbito da literatura jurídica alemã. Neste sentido, *vide*, dentre tantos e recentemente TIEDEMANN, Paul. "Die Würde des Menschen ist Unantastbar". In: *Rechtstheorie* 35, 2004, p. 118.

[54] Cf. averba ZIPPELIUS, Reinhold. Anmerkungen zu Art. 1 GG. In: DOLZER, R. (Org.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller, 1994, p. 14.

[55] Cf. DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AÖR), nº 81, 1956, p. 117-157 (p. 127). Neste contexto, vale, ainda, lembrar a lição de HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, J. – KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 842, quando afirma que a concepção de Dürig (a fórmula do "objeto") acaba por transformar-se também numa "fórmula-sujeito", já que o estado constitucional efetiva a dignidade da pessoa, na medida em que reconhece e promove o indivíduo na condição de sujeito de suas ações.

[56] Cf. SACHS, Michael, op. cit., p. 174.

também – ao menos em expressivo número de decisões – pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha,[57] por evidente não oferece uma solução global para o problema, já que não define previamente o que deve ser protegido (e neste sentido também segue sendo uma fórmula “aberta”),[58] mas permite a verificação, à luz das circunstâncias do caso concreto, da existência de uma efetiva violação da dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, um caminho a ser trilhado, de tal sorte que, ao longo do tempo, doutrina e jurisprudência encarregaram-se de identificar uma série de posições que integram a noção de dignidade da pessoa humana e que, portanto, reclamam a proteção pela ordem jurídica.[59]

Sem prejuízo de tantos outros aspectos de alta relevância para a compreensão do conteúdo, alcance e significado do princípio da dignidade humana sob a égide da LF, incluindo a querela sobre seu caráter absoluto e relativo, o que ainda se pretende destacar são algumas notas sobre relação entre dignidade humana e direitos fundamentais, central (ainda que em diversos pontos controversa) para a doutrina e jurisprudência constitucional alemã.

Além da recorrente afirmação de que a dignidade humana opera como fundamento e conteúdo (ainda que quanto a tal aspecto não exista uma superposição completa) dos direitos fundamentais, é de se sublinhar o fato de que,

---

[57] Apenas pinçando uma das diversas decisões onde tal concepção foi adotada, verifica-se que, para o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, a dignidade da pessoa humana está vinculada ao valor social e pretensão de respeito do ser humano, que não poderá ser reduzido à condição de objeto do Estado ou submetido a tratamento que comprometa a sua qualidade de sujeito (v. BverfGE 96, p. 399). Convém lembrar, todavia (a despeito de outras críticas possíveis) que a fórmula do homem-objeto não afasta a circunstância de que, tanto na vida privada quando na esfera pública, as pessoas constantemente se colocam a si próprias na condição de objeto da influência e ação alheias, sem que com isto se esteja colocando em dúvida a sua condição de pessoa (Cf. a observação de HOFMANN, Hasso. *Die versprochene Menschenwürde*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, nº 118, 1993, p.353-377, especialmente p. 360.

[58] Neste contexto, há mesmo quem tenha criticado a utilização da “fórmula-objeto" como sendo praticamente tão vazia de sentido e imprecisa quanto as demais fórmulas que pretendeu substituir e quanto a própria noção de dignidade da pessoa humana. Neste sentido, *vide* TIEDEMANN, Paul, op. cit., p. 118.

[59] Pode-se destacar aqui a proibição da tortura, de tratamentos desumanos e degradantes, de trabalhos forçados e da escravidão, bem como de penas cruéis e desumanas, ademais de práticas discriminatórias graves. Da mesma forma a vedação, mediante o reconhecimento de um direito a um mínimo existencial sociocultural, da proteção da vida e da integridade física e psíquica e dos direitos de personalidade e das liberdades fundamentais, incluindo as políticas, tudo, aliás, a demonstrar a íntima relação entre dignidade humana e direitos fundamentais.

em especial mediante o labor do TCF, tanto o princípio da dignidade humana auxiliou na proteção dos direitos fundamentais quanto esses foram determinantes para o reforço da força jurídica e proteção da dignidade humana.

Isso se deve ao fato de que ao ser também guindada à condição de direito fundamental, a dignidade humana passou a ser passível de proteção mediante o manejo da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), que assegura a toda e qualquer pessoa um acesso direto ao TFC para questionar eventuais violações; de outra parte, ainda que não incluídos no elenco dos limites materiais ao poder de reforma constitucional, tal proteção foi deferida ao conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais – o senhor quis dizer o conteúdo da dignidade?[60].

Assim, no que aqui mais importa ao propósito da obra, o que ao fim e ao cabo é de ser enfatizado, é a decisão, compartilhada (ainda que com variações importantes) pela doutrina e jurisprudência constitucional no sentido de reconhecer ao princípio da dignidade humana a condição de norma jurídica de eficácia e vinculatividade direta e aplicável, seja na sua dimensão subjetiva, seja no concernente à sua dimensão objetiva, em especial na sua articulação com os direitos fundamentais.

5.3.2 República, Democracia, Federação, Estado de Direito e Estado Social

À opção *pela República como forma de governo, pela Democracia (parlamentar), pelo Estado de Direito, pelo Estado Social e pelo Estado Federal* correspondem, junto com a dignidade humana e os preceitos do artigo 1º, aos fundamentos e princípios constitucionais estruturantes centrais que informam a LF, consagrados no seu artigo 20, todos compondo o rol dos limites materiais ao exercício do poder de reforma constitucional (artigo 79, §3º)[61], ainda que o

---

[60] Cf. ENDERS, Christoph. Comentário art.1º. In*:* STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar: Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen*, 3 ed, Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2019, p.99 e ss.

[61] De acordo com tradução livre do artigo 79, §3º, uma alteração desta LF, mediante a qual a estruturação da União em estados, a participação substancial dos estados no processo de edição das leis ou os princípios contidos nos artigos 1º e 20 forem tocados, é inadmissível. Para conferir com o original em alemão: *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 79, §3º - "*Eine*

dispositivo referido não mencione nominalmente o Estado de Direito[62].

5.3.2.1 A República como forma de governo

A República assume lugar de destaque nas teorizações sobre as formas de governo desde o período clássico greco-romano, ressaltando a experiência concreta da República Romana, por mais conturbada que tenha sido o período correspondente. Não sendo o caso de adentrar aqui tal seara, da evolução histórica da teoria e da prática republicanas (do ideário republicano e de sua manifestação concreta como forma de governo),[63] o que nos importa é identificar e apresentar os contornos gerais da concepção de República e da sua conformação pela e na LF.

Ainda em termos gerais, a exemplo do que se verifica com a democracia e com as noções de Estado de Direito, de Estado Social e de Estado Federal, também a República, na condição de forma de governo, embora apresente alguns elementos essenciais que assumiram, em maior ou menor medida, um caráter comum, ou seja, que obedece a um determinado padrão de acordo com a tradição republicana, encontra a sua particular formatação no direito constitucional positivo de um determinado Estado. Também por isso, há que distinguir – a despeito de seus importantes pontos de contato e a exemplo do que ocorre com o Estado Federal e o federalismo – entre a República como forma de governo e o republicanismo (ou princípio republicano) como conjunto de valores e princípios que norteiam a República em seus traços essenciais.

Em linhas gerais, a República se caracteriza pela sua absoluta

---

Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig".

[62] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 20 – "(*1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist".*

[63] Sobre tal evolução remetemos às sínteses de GRÖSCHNER, Ralf. Die Republik. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 3. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2004, p. 380-399.

incompatibilidade com a forma monárquica de governo (como governo exercido monocraticamente) e pelos correspondentes privilégios de cunho nobiliárquico e hereditário, de tal sorte que a República passou a ser identificada com a eletividade dos que exercem o governo e a temporariedade dos mandados, o que revela que a República se aproxima e mesmo identifica em grande medida com a própria Democracia e a noção de soberania popular[64].

Todavia, se, por um lado, considerarmos que as assim chamadas monarquias constitucionais contemporâneas se caracterizam por atribuir um papel meramente representativo ao monarca e essencialmente assumem o modelo democrático e mesmo seguem as diretrizes de um Estado de Direito, ao passo que, por outro lado, diversos Estados que se denominam (inclusive na esfera do direito constitucional positivo) repúblicas são caracterizados por um regime ditatorial e tirânico, é possível compreender os motivos pelos quais já se disse que o princípio republicano se transformou em verdadeiro "fóssil jurídico-constitucional" (Josef Isensee)[65].

No que diz com a LF, diferentemente do que se deu com a República de Weimar (1918-1933), que nasceu de um movimento de cunho revolucionário no contexto da queda da Monarquia, ao final da Primeira Grande Guerra e quando da abdicação e exílio do Imperador Guilherme II, a opção pela República foi algo praticamente natural, constando na designação do Estado alemão como a República Federal da Alemanha (artigo 20, §1º – *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundestaat*), além da menção feita em outros dispositivos constitucionais, em especial no artigo 28, §1º, nº1, de acordo com o qual também a ordem constitucional dos estados deve observar os fundamentos de um estado republicano, democrático e social de Direito no sentido da LF[66].

Além disso, a República, juntamente com a Democracia, o Estado de Direito, o Estado Federal e o Estado social assume a condição de princípio estruturante da ordem estatal, ademais de estar – como também é o caso da dignidade humana – contemplada no rol dos limites materiais à reforma constitucional, vedada,

---

[64] MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht,* Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 131.
[65] Ibidem, p. 131.
[66] Ibidem, p. 130.

portanto, a sua abolição por meio de uma lei de alteração da LF, a teor do que dispõe o artigo 79, §3º [67].

Muito embora a imbricação da República e do republicanismo com outros princípios estruturantes (destaque para a Democracia e o Estado de Direito) inexiste razão para se abrir mão da noção, pois, como a essência da República reside no repúdio à tirania e na garantia das liberdades e da cidadania, o que importa para definir um determinado Estado como Republicano é a correspondente adoção, expressa ou implícita, de tal forma de governo, bem como a observância das características nucleares da República, isto é, a eletividade, a temporariedade dos mandados e a responsabilidade dos governantes[68].

Com efeito, muito embora os intensos pontos de contato, a República não se confunde com a Democracia, pois a República, na condição de princípio geral e estruturante, opera como um mandado de otimização, no sentido de buscar a realização do melhor equilíbrio possível entre liberdade e ordem na concretização do bem comum, já que a República consiste no exercício do poder e do governo para o povo (que deve ser diferenciado do paradigma democrático do governo pelo povo) e no princípio da responsabilidade dos governantes[69].

5.3.2.2 Democracia e Soberania Popular

A República Federal da Alemanha constituída pela LF é, antes de mais nada, um Estado Democrático, no sentido de um Estado onde o poder (seja na sua origem, seja quanto ao seu modo de exercício) deve ser legitimamente adquirido e exercido, legitimação que deve poder ser reconduzida a uma justificação e fundamentação democrática do poder e a um exercício democrático das diversas formas de sua manifestação e exercício[70].

Em que pese a democracia, na condição de regime político e forma de

[67] Ibidem, p. 130.
[68] Para uma análise abrangente da relação do princípio republicano com os conteúdos da LF, *vide*, por todos: ROBBERS, Gerhardt. Comentário art.20 - Republik. In: DOLZER, Rudolf et al. (org). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C.F. Müller, 2009, p.69 ss.
[69] Cf. GRÖSCHNER, Ralf. *Die Republik*, op. cit., p. 425-26, que ainda colaciona outras diferenças, inclusive entre República e Estado de Direito.
[70] Cf. por todos MORLOK, Martin; MICHAEL. *Staatsorganisationsrecht*, op. cit., p. 63.

exercício do poder estatal, não se constituir em conceito estritamente jurídico, baseando-se em um conjunto de pressupostos anteriores à própria constituição,[71] no âmbito da evolução do constitucionalismo moderno resulta evidente que a despeito de elementos em comum, o conceito de democracia é também e (na perspectiva do Estado Constitucional) em primeira linha um conceito jurídico-constitucional, reclamando uma compreensão constitucionalmente adequada, já pelo fato de que no contexto de cada ordem constitucional positiva a noção de democracia e seus diversos elementos adquire feições particulares, como se verifica, por exemplo, na opção, ou não, pela inserção de mecanismos de democracia direta (ou participativa), da escolha do sistema eleitoral e da configuração dos direitos políticos, apenas para referir alguns dos mais importantes.

Assim, com razão Konrad Hesse quando leciona que em vista da diversidade de compreensões sobre o que é democracia o significado jurídico-constitucional de democracia apenas pode ser obtido a partir da concreta conformação levada a efeito por determinada constituição, ainda que em geral a constituição não contenha uma regulamentação completa e compreensiva de um modelo de democracia, mas apenas estabeleça determinados princípios e regras mediante os quais assegura constitucionalmente seus fundamentos e estruturas básicas, o que, todavia, encontra uma concreta formatação em cada ordem constitucional positiva[72].

Mas a democracia – também na LF - não se traduz apenas em um conjunto de princípios e regras de cunho organizatório e procedimental, guardando, na sua dimensão material, íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais em geral, com destaque para os direitos políticos e os direitos de liberdade (designadamente as liberdades de expressão, reunião e manifestação), para além dos direitos políticos e de nacionalidade. Nessa perspectiva, consoante bem sintetiza Hartmut Maurer, do respeito e proteção da

[71] Cf. bem lembra BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. II, 3. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 430.

[72] Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* 20. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 58-59.

dignidade humana decorre que os seres humanos (portanto, o povo) formam o elemento dominante do (e no) Estado, ao passo que liberdade e igualdade (e os direitos fundamentais correlatos) exigem que todos possam, em condições de igualdade, influir na vida estatal[73].

No caso da LF, o artigo 20, além de destacar que a República Federal da Alemanha é um Estado democrático (artigo 20, §1º), estabelece que todo o poder emana do povo, sendo por este exercido mediante eleições e votações e por meio de órgãos especiais do Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário[74], o que evidencia o caráter inequivocamente antiplebiscitário da LF[75]. A democracia da LF é, portanto, eminentemente representativa, fundada e estruturada em torno de partidos políticos, assumindo, nesse sentido e de acordo com fórmula disseminada, a condição de um Estado de partidos, além da adoção do sistema parlamentarista de governo[76].

A opção da LF pela democracia representativa[77], não afasta (e nem afastou) a possibilidade da introdução de mecanismos de democracia direta, de natureza plebiscitária, por parte dos estados, onde é amplamente praticada; aliás, também a LF não proíbe, em princípio, sua alteração para inclusão da possibilidade da participação direta da cidadania, mas isso até o momento, mesmo com a reunificação, não chegou a ocorrer[78].

A própria LF define – nos artigos 18 e 21 - a ordem por ela institucionalizada como uma ordem fundamental livre e democrática (*freiheitliche demockratische Grundordnung*), que se estrutura em torno de pelo menos quatro elementos

---

[73] Cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht* I, 5. ed., München: C.H. Beck, 2007, p. 180.

[74] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 20 – "(1) *Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, vollziehenden Gewalt und der Rechtssprechung ausgeübt*".

[75] Cf. por todos HOFFMANN, Hasso. Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, 3. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 414.

[76] Ibidem, p. 419-420.

[77] A regra, contudo, apresenta exceções, em especial a prevista no artigo 29 da LF, que versa sobre a reestruturação do território federal. A teor do disposto no artigo 29, §2º as medidas que levem a uma reestruturação do território federal são tomadas por lei federal a ser ratificada por referendo. Os Estados atingidos devem ser ouvidos.

[78] Cf. SACHS, Michael. *Grundgesetz Kommentar*, 8. ed., München: C.H. Beck, p. 21. No mesmo sentido, SOMMERMANN, Karl. Art. 20. In: STARCK, Christian (ed). Kommentar zum Grundgesetz, vol. II, 6. ed., München: Franz Vahlen, 2010.

principais: a) a soberania popular; b) a existência de regras para o processo decisório; c) providências para a garantia da liberdade[79], e d) de acordo com Konrad Hesse, os partidos políticos[80].

Especificamente no concernente à soberania popular, calha recolher a lição de Böckenförde, no sentido de que aquela *deve ser compreendida numa dupla perspectiva*, significando, em síntese, que tanto a titularidade quanto o exercício do poder estatal, incluindo a assunção de tarefas e fins pelo Estado e a realização das tarefas estatais, podem sempre ser reconduzidas concretamente ao povo, no sentido de uma legitimação democrática efetiva[81].

Mas, quanto ao modo de expressão da soberania popular no Estado constitucional e democrático, é preciso atentar – a exemplo do que adverte Konrad Hesse – para o fato de que um consenso democrático habitualmente apenas encerra o mínimo em relação ao qual todos os envolvidos na deliberação manifestam a sua concordância, a exigência de um consenso absoluto ou mesmo tendencialmente absoluto esbarraria em indesejável imobilismo ou compromissos meramente formais, razão pela qual se *adotou* o princípio da maioria (ou princípio majoritário),[82] cabendo em geral ao constituinte estabelecer quando necessária (a depender da matéria) uma maioria qualificada (como, no caso brasileiro, para aprovação de uma emenda constitucional ou de uma lei complementar) ou apenas uma maioria simples (como no caso, entre outros, das leis ordinárias).

Além disso, as maiorias (e os consensos e decisões dela resultantes) encontram-se submetidas a limites postos pelo princípio do Estado de Direito resultantes da própria constituição, como dão conta os princípios da vinculação ao Direito (com destaque para o primado da constituição), a segurança jurídica, a proporcionalidade e o respeito e proteção dos direitos fundamentais[83].

Ainda no respeitante à conformação da democracia pela LF, não se poderia deixar de referir o instituto das eleições como principal instrumento de

---

[79] Cf. MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar, *Staatsorganisationsrech*t, op. cit., p. 65.
[80] Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 74-75.
[81] Cf. por todos BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, op. cit., p. 436.
[82] Cf. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, op. cit., p. 63-64.
[83] Cf. MAURER, Hartmut, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 198.

concretização da soberania popular. Nesse contexto, merecem particular destaque os princípios do direito eleitoral contidos no artigo 38, §1º da LF, de acordo com o qual "Os deputados do Parlamento Federal alemão são eleitos por sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto. São representantes de todo o povo, independentes de quaisquer encargos e instruções e subordinados unicamente à sua consciência"[84]. Tais princípios, por sua vez, não apenas se aplicam às eleições regulares para todas as instâncias representativas, mas também devem ser observados quando da realização de votações no âmbito dos processos de participação popular[85].

Os princípios consagrados artigo 38, §1º da LF são considerados também como sendo direitos subjetivos dos cidadãos, passíveis de serem defendidos mediante manejo da reclamação constitucional (artigo 93, §1º, nº 4, LF), tendo, por conseguinte, o *status* de direitos fundamentais, que, ante a ausência de uma expressa reserva legal, somente admitem eventual restrição quando indispensável para a proteção de outros bens jurídicos de estatura constitucional, hipótese na qual devem ser observadas as exigências constitucionais para uma restrição legítima de direitos fundamentais[86].

Um ponto a ser aqui considerado é de que a legitimidade democrática do exercício do poder estatal por órgãos especiais (designadamente os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), tal como prevista no artigo 20, §2º, LF, exige que o povo possa exercer, mediante as eleições, uma efetiva influência sobre o exercício do poder por tais órgãos[87].

Como já referido, o princípio democrático integra o elenco dos limites materiais à reforma constitucional (artigo 79, §3º, LF), tendo o seu núcleo essencial blindado mesmo contra maiorias qualificadas e com mandato para alteração do texto da LF, de tal sorte que – a despeito da existência de um único modelo de democracia – os seus elementos mínimos estruturantes e identitários

[84] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 38 - *"(1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen".*
[85] Cf. SACHS, Michael, *Grundgesetz Kommentar*, op. cit., p. 812.
[86] Cf. MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar, op. cit., p. 89.
[87] Cf. SACHS, Michael, op. cit., p. 812.

não podem ser suprimidos ou reduzidos, como é o caso do autodeterminação política igualitária do povo, a necessária legitimação popular direta ou indireta dos órgãos estatais, a garantia de eleições livres, periódicas, assegurada a igual participação dos cidadãos, o pluralismo político e pluripartidarismo, a aplicação da regra majoritária, assegura voz ativa às minorias e a real possibilidade de se tornarem maiorias[88].

Do ponto de vista de sua estrutura normativa e respectiva função na ordem constitucional instaurada pela LF, a discussão em torno de se democracia assume a condição de um princípio estruturante do Estado e/ou de uma norma definidora de um fim/objetivo estatal acabou, de acordo com a posição dominante e o entendimento consagrado pelo TCF por se resolver no sentido de que se trata de ambas as coisas: princípio fundamental estruturante e finalidade (e tarefa) estatal[89].

Precisamente nessa perspectiva é que democracia, como princípio estruturante, não representa apenas uma moldura geral formal e neutra, mas carrega consigo um conteúdo material próprio e que carece de permanente fomento e concretização pelos atores estatais, o que, por sua vez, ao fato de que tanto a democracia quanto o princípio do Estado de Direito devem ser compreendidos como consequência organizatória da concepção de ser humano (tradução livre de *Menschenbild*) veiculada pelo catálogo de direitos fundamentais da LF[90].

Para a compreensão do modelo de democracia adotado pela LF, aqui apenas delineado nos seus traços mais gerais, indispensável recordar que essa foi concebida e designada como uma democracia defensiva (*wehrhafte Demokratie*) – também chamada de democracia combativa (streitbare Demokratie), ou seja, estruturada em instituições democráticas sólidas e dotada de instrumentos adequados para a sua defesa e sobrevivência, tudo orientado pela ideia de "sem liberdade para os inimigos da liberdade"; dito de outro modo, o que está em causa é o fato de que a ordem livre e democrática da LF não pode permitir que a liberdade

---

[88] Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter. Art. 20. In: STARCK, Christian (Ed). *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. II, 6ª ed., München: Franz Vahlen, 2010, p. 40-42.
[89] Ibidem, p. 42-43.
[90] Ibidem, p. 43.

seja manejada para a derrubada e destruição daquela[91]. Dentre os instrumentos mais relevantes, despontam a) a perda de direitos fundamentais (artigo 18, LF)[92]; b) a proibição de determinadas associações/agremiações (artigo 9, §2º, LF)[93]; c) a proibição de partidos políticos (artigo 21, §2º, LF)[94].

Em especial os instrumentos acima referidos, todavia, não tem sido imune a críticas, havendo quem sustente a existência de um duplo paradoxo, visto que a renúncia à concepção da democracia defensiva é tão contraditória quanto o é a utilização dos respectivos meios[95].

Além disso, aqui a exemplo de tantos outros Estados Democráticos, a LF (artigo 87, §1º) [96] instituiu uma autoridade nacional de proteção da ordem

---

[91] Cf., por todos, MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar, *Staatsorganisationsrecht*, op. cit., p. 123-124.

[92] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 18 – *"Wer die Freiheit der Meinungsäußerung, insbesondere die Pressefreiheit (Artikel 5 Abs. 1), die Lehrfreiheit (Artikel 5 Abs. 3), die Versammlungsfreiheit (Artikel 8), die Vereinigungsfreiheit (Artikel 9), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Artikel 10), das Eigentum (Artikel 14) oder das Asylrecht (Artikel 16a) zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht, verwirkt diese Grundrechte. Die Verwirkung und ihr Ausmaß werden durch das Bundesverfassungsgericht ausgesprochen".*

[93] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 8 - *"(1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden. (2) Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten".*

[94] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 21 – *"(1) Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit. Ihre Gründung ist frei. Ihre innere Ordnung muß demokratischen Grundsätzen entsprechen. Sie müssen über die Herkunft und Verwendung ihrer Mittel sowie über ihr Vermögen öffentlich Rechenschaft geben. (2) Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. (3) Parteien, die nach ihren Zielen oder dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind von staatlicher Finanzierung ausgeschlossen. Wird der Ausschluss festgestellt, so entfällt auch eine steuerliche Begünstigung dieser Parteien und von Zuwendungen an diese Parteien. (4) Über die Frage der Verfassungswidrigkeit nach Absatz 2 sowie über den Ausschluss von staatlicher Finanzierung nach Absatz 3 entscheidet das Bundesverfassungsgericht. (5) Das Nähere regeln Bundesgesetze*".

[95] Ibidem, p. 124.

[96] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 87 – *"(1) In bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau werden geführt der Auswärtige Dienst, die Bundesfinanzverwaltung und nach Maßgabe des Artikels 89 die Verwaltung der Bundeswasserstraßen und der Schiffahrt. Durch Bundesgesetz können Bundesgrenzschutzbehörden, Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, für die Kriminalpolizei und zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes und des Schutzes gegen Bestrebungen im Bundesgebiet, die durch Anwendung von Gewalt oder darauf gerichtete Vorbereitungshandlungen auswärtige Belange der Bundesrepublik Deutschland gefährden, eingerichtet werden".*

constitucional (*Verfassungsschutzbehörde*), cujas competências estão enunciadas no artigo 73, §1º, em especial no nº 10b, LF [97].

Relativamente aos três instrumentos de defesa da Democracia (proibição de associações, declaração da perda de direito fundamental e proibição de partidos políticos) é importante sublinhar que ao longo dos mais de 70 anos de vigência da LF poucas vezes deles se fez uso, o que se deve principalmente aos seu cunho altamente interventivo nas liberdades e direitos fundamentais.

A decretação da perda de um ou mais direitos fundamentais, que tem por pressuposto o uso de um ou mais direitos referidos no artigo 18 da LF para o combate da ordem livre e democrática constitucional, é da competência exclusiva do TCF, tendo a decisão caráter constitutivo, cabendo também ao Tribunal decidir sobre a extensão dos efeitos; de qualquer sorte, cuida-se de instrumento que não alcançou relevância prática, tendo em conta o fato de que o direito penal político-eleitoral e a proibição de partidos políticos oferecem mecanismos mais simples e efetivos[98].

Já no que diz respeito ao instituto da proibição de partidos políticos (artigo 21, §2º, LF), que já existia e fora aplicada sob a égide da CW – nada obstante outros (poucos) requerimentos posteriores – apenas em duas ocasiões decretou tal interdição, o que se deu ainda no início de sua judicatura, numa fase em que a LF e sua democracia ainda estavam em busca de afirmação e as tensões, em especial entre a extrema direita e esquerda, agudizadas pela Guerra Fria, se manifestavam de modo particularmente intenso. Na época, respectivamente em 1952 e 1956, foram proibidos e dissolvidos o Partido Socialista do Império (*Sozialistische Reichspartei – SRP*)[99] e o Partido Comunista Alemão (*Kommunistische Partei Deutschlands – KPD*)[100].

---

[97] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 73 – "*(1) Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über: 10. die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder a) in der Kriminalpolizei, b) zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, des Bestandes und der Sicherheit des Bundes oder eines Landes (Verfassungsschutz)*".

[98] Cf. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 296-97.

[99] BverfGE 2, 1 e ss – *SRP-Verbot*

[100] BVerfGE 5, 85 e ss – *KPD-Verbot*

Ainda no tocante à proibição de partidos políticos, é de se anotar que além das decisões de 1952 e 1956, onde o TCF, fundamentou suas decisões levando em conta os objetivos do Partido, externalizados pelos respectivos programas partidários e outras declarações e ações, houve outros julgamentos sobre o tema, sendo que em três situações o pedido formulado foi indeferido, seja em virtude de não ter sido reconhecida a natureza de partido político as agremiações contestadas (1994), seja por conta de vício procedimental (2001)[101].

Em 01.01.2017, contudo, o TCF proferiu decisão polêmica, alvo de não poucas e duras críticas, quando julgou improcedente o pedido de proibição do Partido Nacional-Democrata Alemão – *Nationaldemokratische Partei Deutschlands – NPD*), alterando substancialmente a orientação adotada nos dois primeiros julgados, ao entender que não basta a demonstração de que o programa partidário ou outros meios/ações tenham por escopo minar e destruir a democracia, mas que, além disso, se verifique a existência de uma chance de o partido alcançar os seus objetivos inconstitucionais, o que, na ocasião, se entendeu não configurada, em especial pela muito baixa votação obtida pela referida agremiação partidária[102]. Todavia, Tal pressuposto (fático) adicional – esta é uma das principais críticas – não se encontra previsto no texto da LF e tampouco poderia ser extraído mediante uma interpretação genética (histórica)[103].

Os instrumentos acima referidos não esgotam as possibilidades previstas pela LF no concernente à sua defesa, cabendo – sem que se vá aqui desenvolvê-los – mencionar a já referida proteção do seu conteúdo identitário (dignidade humana e os demais princípios contidos no artigo 1º, além dos princípios estruturantes do artigo 20) em face do poder de reforma constitucional (artigo 79, §3º LF)[104], bem como dos estados de exceção (emergência) legislativo -

[101] Cf. MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar, *Staatsorganisationsrecht*, op. cit., p. 126-28.
[102] Cf. IPSEN, Jörn. Art. 21. In: SACHS, Michael (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, 8. ed., München: C.H. Beck, 2018, p. 919-20.
[103] Ibidem, p. 920.
[104] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 79 – "*(3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig*"

Gesetzgebungsnotstand (artigo 81, LF)[105] e de defesa externa - *äusserer Notstand – Verteidigungsfall*, que pode ser decretado em casos de ataque externo efetivo ou iminente, a teor do que dispõe o artigo 115, letra "a", nº 1, LF[106].

5.3.2.3 O Estado de Direito

No âmbito do constitucionalismo (direito constitucional positivo) o Estado de Direito assumiu a função de princípio fundamental estruturante, arrancando, numa primeira fase, de uma concepção eminentemente formal, muitas vezes também designada de Estado legal ou formal de Direito (no mais das vezes identificado com o Estado liberal burguês), especialmente na compreensão que dominou o século XIX, para uma noção que congrega tanto elementos formais quanto materiais, resultando na consagração do que se entende atualmente – pelo menos no âmbito dos Estados constitucionais tidos como democráticos – de um Estado material de Direito. Assim, convém sublinhar que o Estado de Direito o é tanto em sentido formal quanto material, já que os dois esteios se fazem indispensáveis e se complementam e reforçam mutuamente[107].

O Estado formal de Direito (ou em sentido formal) já se configura mediante

---

[105] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 81 – "(1) *Wird im Falle des Artikels 68 der Bundestag nicht aufgelöst, so kann der Bundespräsident auf Antrag der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates für eine Gesetzesvorlage den Gesetzgebungsnotstand erklären, wenn der Bundestag sie ablehnt, obwohl die Bundesregierung sie als dringlich bezeichnet hat. Das gleiche gilt, wenn eine Gesetzesvorlage abgelehnt worden ist, obwohl der Bundeskanzler mit ihr den Antrag des Artikels 68 verbunden hatte. (2) Lehnt der Bundestag die Gesetzesvorlage nach Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes erneut ab oder nimmt er sie in einer für die Bundesregierung als unannehmbar bezeichneten Fassung an, so gilt das Gesetz als zustande gekommen, soweit der Bundesrat ihm zustimmt. Das gleiche gilt, wenn die Vorlage vom Bundestage nicht innerhalb von vier Wochen nach der erneuten Einbringung verabschiedet wird. (3) Während der Amtszeit eines Bundeskanzlers kann auch jede andere vom Bundestage abgelehnte Gesetzesvorlage innerhalb einer Frist von sechs Monaten nach der ersten Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes gemäß Absatz 1 und 2 verabschiedet werden. Nach Ablauf der Frist ist während der Amtszeit des gleichen Bundeskanzlers eine weitere Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes unzulässig. (4) Das Grundgesetz darf durch ein Gesetz, das nach Absatz 2*".

[106] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 115 - *"(1) Die Aufnahme von Krediten sowie die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen, die zu Ausgaben in künftigen Rechnungsjahren führen können, bedürfen einer der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Ermächtigung durch Bundesgesetz".*

[107] Cf., entre outros, KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht I*, München, C. H. Beck, 2011, p. 296-298; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Der Rechtsstaat. In: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* vol. II, 3. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2004, p. 547 e ss.

a previsão e garantia de uma divisão (separação) de poderes, a legalidade da Administração Pública, a garantia de acesso à Justiça e independência judicial no plano do controle dos atos administrativos, bem como a pretensão por parte do particular de ser indenizado quando de uma intervenção estatal indevida no âmbito de sua esfera patrimonial[108].

Por outro lado, a noção de Estado material de Direito (ou em sentido material) exige que a legalidade esteja orientada (e vinculada) por parâmetros materiais superiores e que informam a ordem jurídica e a ação estatal, papel que é exercido por princípios jurídicos gerais e estruturantes e pela vinculação do Poder Público (dos agentes e dos seus atos) a um conjunto de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que – como bem expressa Schmidt-Assmann – o Estado material de Direito não é o oposto do Estado formal de Direito, mas um Estado que unifica e concilia ambas as dimensões[109].

Por tais razões, o Estado de Direito em sentido material (e formal) é, como já adiantado, sempre um Estado Constitucional e Democrático de Direito, que também pode ser designado de um Estado da Justiça e dos Direitos Fundamentais. Dito de outro modo e acompanhando Konrad Hesse, a decisão da LF pelo Estado de Direito (formal e material) consiste em uma decisão fundamental em prol de uma forma de vida estatal e social que se estrutura e atua na medida e de acordo com o Direito[110].

Do ponto de vista textual, a expressão Estado de Direito não está contemplada no artigo 20 (*caput)* da LF, que enuncia os princípios estruturantes da ordem estatal, mas o seu reconhecimento literal encontra-se em outros dispositivos, como é o caso do artigo 20, §3º (que prescreve a vinculação e submissão do Poder Legislativo à Constituição e dos Poderes Executivos à Lei e ao Direito)[111], em combinação com o artigo 28, §1º, nº1, de acordo com o qual a

---

[108] Cf., por todos, BENDA, Ernst. Der soziale rechtsstaat. In: BENDA, E.; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*, vol. I, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1984, p. 477, colacionando lição de Ernst Rudolf Huber.

[109] Cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Der Rechtsstaat*, op. cit., p. 553.

[110] Cf. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 84 e ss.

[111] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 20 - *"(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden".*

ordem constitucional dos estados da Federação deve atender as exigências dos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito nos termos da LF[112].

Além disso, mesmo que não houvesse qualquer referência literal ao Estado de Direito, isso não significa que a República Federal da Alemanha não o fosse, seja no sentido formal, seja na perspectiva material, isto porquanto tal condição resulta de uma série de outros princípios e institutos, como é o caso, dentre outros, do catálogo de direitos fundamentais, da separação dos poderes, da (já referida) vinculação da administração pública à lei (princípio da legalidade) e da garantia da proteção judiciária efetiva[113].

Para a sua melhor compreensão, os principais elementos que integram e qualificam o Estado de Direito na LF como tal, serão objeto de sumária apresentação.

A) O primado do direito

O Estado de Direito caracteriza-se, em primeira linha, pela vinculação do poder estatal ao direito e pelo objetivo atribuído aos órgãos estatais de realizar a justiça material[114]. Tal primado do direito, como explica Hesse, não significa uma espécie de normatização totalizante e absoluta da vida estatal pelo direito, mas, sim, a afirmação do princípio da supremacia da Constituição, de acordo com o qual nenhum ato estatal poderá estar em desconformidade com a Constituição, combinado com o princípio da primazia da lei, em que todos os atos editados em forma legislativa assumem uma condição preferencial em face de outros atos, e os atos legislativos existentes e em vigor deverão ser seguidos pelos poderes estatais[115].

Assim, o primado do direito é formado pela convivência e articulação dos princípios da constitucionalidade e da legalidade (incluindo a reserva legal),

---

[112] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 28 – *"(1) Die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern muß den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen".*

[113] Cf., por todos, HOFFMANN, Hasso. Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, 3. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 399.

[114] Cf. a fórmula-síntese de KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrecht I*, op. cit., p. 299.

[115] Cf. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 88-89.

implicando uma vinculação direta do legislador à Constituição e uma dupla vinculação (direta e indireta) dos poderes Judiciário e Executivo à Constituição e às leis[116].

Uma das principais concretizações da primado do Direito e que foi particularmente desenvolvido pela doutrina publicística e pela jurisprudência do TCF *é o* princípio da reserva legal, que, de acordo com seu sentido convencional, consiste na exigência de que a Administração Pública apenas poderá intervir em algum caso concreto se tiver sido autorizada por lei ou pelo menos com base em lei[117].

Do ponto de vista dogmático, a doutrina da reserva legal (ou reserva de lei) busca dar resposta à indagação de em quais domínios a Administração Pública depende (necessita) para sua atuação de um fundamento (uma autorização) legal e onde não pode atuar sem tal autorização[118]. O princípio da reserva legal, portanto, *corresponde a particular (e especial) manifestação do princípio da legalidade (como expressão da supremacia da lei em relação aos atos da Administração Pública)*, embora com este não se confunda, dada a maior abrangência do último. Com efeito, ao passo que de acordo com o princípio da supremacia da lei um ato administrativo apenas é ilícito se afronta alguma disposição legal, *no caso da reserva de lei o ato administrativo já é ilícito quando inexiste disposição legal a amparar a ação administrativa*[119].

Especialmente relevante é a reserva legal em matéria de direitos fundamentais, no sentido de que toda e qualquer restrição (pelo menos em se tratando de uma intervenção restritiva) de direitos fundamentais deve ser veiculada por lei ou, pelo menos, pode ser – em se cuidado de uma lei em sentido apenas material - diretamente reconduzida a uma disposição legal, o que não será aqui mais desenvolvido[120].

B) *O princípio da separação de poderes*

O princípio da separação (ou divisão) dos poderes, que assume papel

---

[116] Cf. KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrecht I*, op. cit., p. 302-3.
[117] Cf. MAURER, Hartmut, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 228.
[118] Cf. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Der Rechtsstaat*, op. cit., p. 575.
[119] Cf. a precisa distinção traçada por MAURER, Hartmut, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 208.
[120] Cf., por todos, SOMMERMANN, Karl-Peter, op. cit., p. 119-122.

central desde a origem do constitucionalismo, tendo sido erigido à condição de elemento essencial e determinante da própria noção de Constituição, mediante o famoso art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (se a divisão dos poderes não estiver assegurada e não forem respeitados os direitos individuais não haverá Constituição), tem por escopo – na esteira do ideário iluminista e liberal-burguês dominante na época (com destaque para as concepções de John Locke e, especialmente, Montesquieu, que nos legou a formulação ainda atual em seus contornos gerais) – *a limitação jurídica do poder estatal mediante a desconcentração, divisão e racionalização das suas respectivas funções*[121].

De acordo com a precisa descrição de Konrad Hesse, no sentido da divisão de poderes, são criadas funções e órgãos estatais, que, por sua vez, devem levar a efeito tais funções nos limites de suas respectivas competências constitucionalmente estabelecidas e mediante regras de procedimento vinculativas e suficientemente claras[122].

Por outro lado, tal como ocorreu com o próprio Estado de Direito e suas demais manifestações (princípios e/ou elementos), também o princípio da divisão de poderes, a despeito de importantes aspectos em comum, não foi objeto de idêntica recepção e concretização em cada ordem jurídico-constitucional, devendo, portanto, ser apresentado e analisado no devido contexto de cada Estado Democrático de Direito, o que, já na origem do Estado Constitucional, se pode aferir já com as diferenças de concepção e aplicação do princípio na França e nos EUA.

Sem que se possa aqui desenvolver o ponto, calha anotar que, previsto no artigo 20, §2º, LF (ainda que não diretamente referido) o princípio da separação de poderes cumpre a função de princípio estruturante do Estado Democrático e Social de Direito, abarca também – de acordo com a jurisprudência do TCF – a necessidade de que as decisões estatais o mais corretas possível, o que se dá mediante a atuação dos órgãos mais adequados para tanto[123].

---

[121] Ibidem, p. 86-90.
[122] Cf. HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 86.
[123] Cf. SACHS, Michael. Art. 20. In: SACHS, Michael (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, 8. ed., München: C.H. Beck, 2018, p. 828.

Outrossim, o princípio da separação dos poderes está incluído nos limites materiais à reforma constitucional (artigo 79, §3º, LF), encontrando-se, portanto – também nos termos da prática decisória do TCF - blindado no que diz respeito aos seus elementos essenciais, designadamente, quando perturbado o equilíbrio entre os poderes, o que, por sua vez, se verifica quando ocorre uma intervenção no âmbito nuclear das funções de cada poder[124].

C) Reconhecimento e proteção de direitos e garantias fundamentais, incluindo a garantia geral da proteção judiciária

A principal manifestação do Estado de Direito como Estado material de Direito são os direitos e garantias fundamentais, pois são eles que concretizam o Estado de Direito nas suas diversas dimensões (inclusive na sua condição de Estado Social e Democrático), e, na condição de posições subjetivas (direitos) exigíveis em face do Estado, o tornam capaz de se afirmar[125].

Nesse contexto, no que diz respeito à LF, assume relevo, em especial, o princípio da vinculação direta e isenta de lacunas dos órgãos estatais – Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário - aos direitos fundamentais (artigo 1º, §3º) e e a criação de um sistema efetivo de proteção – como, por ex., a previsão da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em face de intervenções restritivas (artigo 19, §2º) e a garantia da proteção judiciária (artigo 19, IV).

D) *O princípio da segurança jurídica*

De acordo com a lição de Hartmut Maurer, a segurança jurídica – tal como compreendida na LF - pode ser compreendida em sentido dúplice, pois, se por um lado, ela se refere à função do direito, visando assegurar segurança por meio do direito, no sentido de que o direito deve criar uma ordem consistente e segura, por outro, ela forma um princípio estruturante, que diz com a clareza e determinação do próprio conteúdo das normas, de modo a assegurar a segurança do direito[126].

O princípio da segurança jurídica, outro lado, é multidimensional, englobando diversos elementos/institutos, como é o caso da já referida exigência de clareza e determinação do conteúdo das normas, mas também a proteção da

[124] Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter, op. cit., p. 92-93.
[125] Cf. MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*, 5. ed., München: C. H. Beck, 2007, p. 205.
[126] Ibidem, p. 220.

confiança legítima, a proibição de retroatividade das leis (mas há que diferenciar a assim chamada retroatividade autêntica da inautêntica), a necessária ausência de contradições na ordem jurídica, as exigências da publicidade dos atos estatais, bem como a garantia da estabilidade jurídica das decisões estatais (como é o caso da coisa julgada), pontos que aqui não serão desenvolvidos[127].

Em caráter excepcionalíssimo, dada a natureza do caso e a necessidade de uma confrontação com os horrores do nacional-socialismo, calha referir, pela sua relevância neste contexto, ainda que em rápidos traços e em caráter ilustrativo, decisão do TCF na qual esteve em causa o uso retroativo da lei, como foi o caso de um julgado onde se decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei federal que ampliou os prazos prescricionais em relação a alguns crimes cometidos durante o período do nacional-socialismo[128].

Na origem da discussão, estão processos judiciais contra dois alemães que foram acusados de homicídio qualificado de centenas de pessoas, crimes que foram cometidos durante o período nazista, com o qual colaboraram e trabalharam. No caso, entendeu-se que os procedimentos investigatórios que se encontravam atrasados justificavam essa medida legislativa, pois da data do cometimento dos crimes até a época do julgamento já havia transcorrido o prazo prescricional, estabelecido originariamente pela lei em 20 anos, prazo que foi então aumentado pela lei superveniente impugnada perante o TCF por afronta à garantia constitucional de irretroatividade das leis, ademais de afetar eventuais expectativas legítimas daqueles que eventualmente fossem alcançados por essa legislação[129]. Na ocasião, o TCF entendeu que a proibição de retroatividade veda criação de tipo penal novo, com efeitos pretéritos, mas que não proíbe a ampliação de prazos prescricionais para a pretensão punitiva do Estado em relação a ações ou omissões já tipificadas como crime em leis anteriores[130].

F) A responsabilidade do Estado

A responsabilidade do Estado e de seus agentes por atos (comissivos ou

---

[127] Cf., por todos, SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20, op. cit., p. 125-133.
[128] BVerfGE 25, 269 - *NS- Verbrechen.*
[129] Cf. SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., p. 934.
[130] Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish, *German Legal System and Laws*, op. cit., p. 182.

omissivos) ilícitos e que afetam o patrimônio e posições jurídicas do cidadão é outra característica central do Estado de Direito[131]. De todo modo, o princípio do Estado de Direito estabelece apenas uma moldura no âmbito do qual se há de mover todo o esquema que estrutura e regula a responsabilidade do Estado[132].

G) Proibição de arbítrio como proibição de excesso de intervenção - a exigência da proporcionalidade dos atos do Poder Público.

A exigência de proporcionalidade dos atos do poder público assume especial relevância para o Estado de Direito, o que – é possível acrescentar – teve particular expressão no desenvolvimento do direito público alemão, remontando ao Século XIX, onde foi utilizado para o controle do poder de polícia e no direito administrativo, passando ao longo do tempo, designadamente mediante o labor da doutrina jurídica e da jurisprudência do TCF, a se tornar um dos mais importantes "produtos de exportação" do direito constitucional da Alemanha[133].

De modo a explicitar a sua conexão íntima com o Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade serve (também) de instrumento de controle jurisdicional da racionalidade dos atos do poder público que intervém de modo restritivo na esfera dos direitos fundamentais do cidadão[134]. Em especial, o que está em causa, já nos primórdios do reconhecimento da exigência, é a concepção de que o Estado só pode restringir direitos se, e na medida em que tal se revela necessário para a consecução do interesse geral[135]. Ao fim e ao cabo, é possível também recorrer à imagem de que a proporcionalidade expressa a ideia de que o Estado de Direito é manifestamente incompatível com a lógica de que os fins (por mais nobres que sejam) justificam o recurso a qualquer meio.

Não sendo o caso de desenvolver o tema – sobre o qual já se consumiu um oceano inteiro de tinta – o que se destaca aqui é a relevância assumida pelo

---

[131] Cf. por todos MAURER, Hartmut, *Staatsrecht I*, op. cit., p. 216 e ss.
[132] Cf. anota SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *Der Rechtsstaat*, op. cit., p. 593.
[133] Embora se saiba o quanto se tem discutido na doutrina sobre a sua natureza normativa e mesmo terminologia (princípio, máxima, postulado, regra, metódica, etc.) adota-se aqui, para simplificar e pelo fato de não se ter aqui o propósito de desenvolver o tema, a concepção mais difundida e corrente, qual seja, a de um princípio da proporcionalidade, sem que com isso – calha frisar – estejam os autores assumindo uma posição pessoal. Cuida-se, no caso, acima de tudo de um "acordo semântico".
[134] Cf. MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar, *Staatsorganisationsrecht*, op. cit., p. 156.
[135] Cf., por todos, SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Art. 20 (Rechtsstaat). In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 194.

princípio da proporcionalidade no campo da teoria e prática dos direitos fundamentais é peculiaridade e originalidade (ainda que de longe não imune a críticas) da construção alemã no sentido de uma estruturação trifásica do controle judicial da proporcionalidade dos atos restritivos de direitos, que devem atender a três exigências (critérios), designadamente a sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (também chamada apenas de proporcionalidade ou razoabilidade (tradução livre de *Zumutbarkeit),* concepção que – salvo, por ora ainda relativamente apertada minoria na doutrina [136] – corresponde ao entendimento pacificado do TCFA e dominante da literatura jurídica[137].

Assim, em apertada síntese, o "teste" da proporcionalidade de intervenções restritivas no âmbito de proteção de direitos fundamentais, ademais do pressuposto da consecução de um fim constitucionalmente legítimo, envolve – nos termos de seu manejo mais usual - uma metódica desdobrada de modo sucessivo em três etapas, bastando a não satisfação de uma delas para que o ato restritivo seja inconstitucional. Ao passo que o requisito da adequação (*Geeignetheit*) exige que o meio escolhido pelo poder público esteja apto a contribuir para a realização do fim almejado, o critério da necessidade (*Erforderlichkeit*) reclama que inexista em princípio meio menos restritivo e que ao mesmo tempo seja igualmente adequado para a consecução dos fins; Já de acordo com a proporcionalidade em sentido estrito, ainda que presentes a

---

[136] Cf., por todos, KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte – Staatsrecht II,* 34. ed., Heildelberg: C.F. Müller, 2018, p. 92-97, que, no ponto, seguem a doutrina de Bernhard Schlink, catedrático emérito da Universidade Humboldt, Berlim, no sentido de que o teste de proporcionalidade não inclui o critério da proporcionalidade em sentido estrito, limitando-se, além da averiguação da existência de um fim constitucionalmente legítimo, que o meio escolhido pelo Estado possa ser como tal utilizado, seguindo-se o exame da adequação do meio para a consecução do fim almejado e, sendo este o caso, se a utilização do meio é necessária (exigível) para a realização do fim.

[137] Cf., por todos, DREIER, Horst. Allgemeine Grundrechtslehren. In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 91-92. Note-se, contudo, a existência do manejo de terminologias nem sempre coincidentes e mesmo variações quanto à sua aplicação (há, por exemplo, quem entenda que a razoabilidade (Z*umutbarkeit*) seja um critério (elemento) independente, devendo ser testada depois de examinada a proporcionalidade em sentido estrito – inclusive na jurisprudência do TCF -, o que aqui não será desenvolvido. Sobre tal ponto, v., em especial, MERTEN, Detlef. Verhältnismässigkeitsgrundsatz. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III, Heidelberg: C.F. Müller, 2009, p. 545 e ss.

adequação e necessidade, é exigida a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados[138].

5.3.2.4 O Estado Federal

A exemplo do que se deu nas Constituições da Igreja de São Paulo (1849), na Constituição Imperial (1871) e na Constituição de Weimar (1919), a Federação foi também a forma de Estado adotada, como já anunciado, pela LF, de acordo com o que dispõe o artigo 20, 1 – A República Federal da Alemanha é um estado democrático, social e federal (*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundestaat*).

Embora a definição como um Estado federal esteja consignada no dispositivo acima referido, a conformação constitucional da ordem federativa alemã, tal como em tantos outros Países, se dá mediante a estruturação em dois níveis, nomeadamente, a União e os Estados membros, dotados de funções, tarefas e competências estatais, encontrando-se, por sua vez, regrada em um número significativo de preceitos da LF, a ponto de cerca de metade do texto constitucional guardar uma relação direta ou pelo menos indireta com a estrutura federativa[139].

Dentre tais disposições normativas, destacam-se as que tratam da repartição das competências entre a União e os estados nos campos legislativo, executivo, judiciário, das relações internacionais e do sistema financeiro e tributário, assim como as possibilidades de os estados exercerem sua influência na esfera da União por meio do Conselho Federal - *Bundesrat*, figura similar ao Senado Federal (artigo 50 e ss.), influência da União sobre os estados (v.g. artigos 37, 84, §3º e 4º e 85, 3º), mas também no que diz com a cláusula de homogeneidade (art. 28) e da regra de colisão (art.31).

---

[138] Cf. SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, Art. 20 (Rechtsstaat), op. cit., p. 196.

[139] Cf. BAUER, Hartmut. Art. 20 (Bundesstaat). In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 116.

Os elementos centrais da ordem federativa da LF são os seguintes: a) a estatalidade (*Staatlichkeit)* da União e dos estados; b) a igualdade entre os estados no âmbito da Federação; c) a fidelidade dos estados para com a União[140].

No que diz com o primeiro elemento do Estado Federal da LF, tanto a União quanto os estados possuem a qualidade estatal, assegurando-se aos estados (Länder) um patamar mínimo de estatalidade (*Staatlichkeit*), no sentido de que aos estados deve ser reservado um núcleo de tarefas próprias[141]. Cuida-se de garantir aos estados, na condição de membros da Federação, esferas próprias de responsabilidade, auto suficiência e autonomia[142]. Atualmente são 16 (dezesseis) os estados (*Länder*) que integram a federação, [143] todos com sua própria Constituição, que, diferentemente do que se dá no caso do Brasil, possuem um campo maior de autonomia, por exemplo, no que diz com a possibilidade de existirem direitos fundamentais estaduais não previstos na LF[144], cujo "guardião" pode ser um Tribunal Constitucional Estadual, sem prejuízo da submissão dos estados à LF e à jurisdição do TCF.

Concebe-se, nesse sentido, um federalismo vertical, porquanto "*a ordem constitucional nos Estados deverá se sujeitar aos princípios do Estado de direito republicano, democrático e social*" (artigo 28, §1º, LF). Nesse mesmo contexto, a LF prevê (artigo 31), que o direito federal tem prioridade sobre o direito estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*).

Nesse mesmo contexto, calha destacar a importância do sistema constitucional de repartição das competências entre a União e os estados, aos quais não pode ser reservada uma atuação meramente residual, mas sim, é

[140] Cf. BAUER, Hartmut, Art. 20 (Bundesstaat), op. cit., p. 120 e ss.
[141] Cf., por todos, SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20 Abs. 1, op. cit., p. 18.
[142] Cf. BAUER, Hartmut, Art. 20 (Bundesstaat), op. cit., p. 120.
[143] Nomeadamente: Baden-Würtenberg (capital-Stuttgart), Baviera (capital-Munique), Berlim (capital-Berlim), Brandemburgo (capital-Potsdam), Bremem (capital-Bremem), Hamburgo (capital-Hamburgo), Hessen (capital-Wiesbaden), Mecklemburgo-Pomerânia Oriental (capital-Schwerin), Baixa Saxônia (capital-Hannover), Renânia do Norte-Vestfália (capital-Düsseldorf), Renânia-Palatinado (capital-Mainz), Saarland (capital-Saarbrücken), Saxônia (capital-Dresden), Saxônia (capital-Magdeburg), Schleswig-Holstein (capital-Kiel) e Turíngia (capital-Erfurt).
[144]De acordo com o disposto no artigo 142, LF (na parte das disposições transitórias), os preceitos das constituições que asseguram direitos fundamentais seguem em vigor, na medida em que em sintonia com o previsto nos artigos 1 a 18 da LF ("*Ungeachtet der Vorschrift des Artikels 31 bleiben Bestimmungen der Landesverfassungen auch insoweit in Kraft, als sie in Übereinstimmung mit den Artikeln 1 bis 18 dieses Grundgesetzes Grundrechte gewährleisten*").

atribuído, juntamente com competências executivas e judiciárias, um conjunto de competências legislativas de peso substancial, pena de configurado, na prática, apenas um Estado unitário descentralizado[145].

Note-se que ao longo do tempo foram levadas – com ênfase aqui nas competências legislativas - a efeito duas grandes reformas no esquema de repartição de competências da LF, designadamente em 1994 e 2006, que, em vários pontos, explicitaram melhor o sistema e fortaleceram o campo de atuação dos estados, buscando fazer frente a uma tendência de centralização, em parte inevitável por força da extensão das competências da União Europeia[146].

Por fim, é também indispensável a garantia de um mínimo em autossuficiência dos estados, mediante uma dotação financeira e arrecadação de tributos própria, porquanto com isso se está também a assegurar os níveis indispensáveis de independência e autonomia em face da União, possibilitando aos estados a promoção de uma política autônoma, fazendo valer as suas respectivas competências executivas e legislativas, mas também a estrutura da organização judiciária; aliás, também na seara da autonomia orçamentária e financeira houve importantes reformas constitucionais (destaque para a de 2009), mas que tiveram o condão de fragilizá-la[147].

No que diz respeito às relações internacionais, esta concentra-se na União (artigo 32, 1, LF)[148], devendo, contudo, colher a manifestação dos estados antes de firmar tratados que os afetem particularmente[149]. Em caráter de exceção, os estados poderão assumir compromissos internacionais quando se tratar de matérias para as quais detém a competência legislativa, carecendo, contudo, de aprovação da União (artigo 32, §3º, LF)[150].

---

[145] Cf. também SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20 Abs.1, op. cit., p. 18.
[146] Ibidem, p. 18.
[147] Ibidem, p. 18-19.
[148] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 32 – "(*1) Die Pflege der Beziehungen zu auswärtigen Staaten ist Sache des Bundes*".
[149] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 32 – *"(2) Vor dem Abschlusse eines Vertrages, der die besonderen Verhältnisse eines Landes berührt, ist das Land rechtzeitig zu hören*".
[150] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 32 – *"(3) Soweit die Länder für die Gesetzgebung zuständig sind, können sie mit Zustimmung der Bundesregierung mit auswärtigen Staaten Verträge abschließen*".

O segundo elemento central do Estado Federal na LF é o da igualdade entre os estados, de acordo com o qual os estados, além de terem todos as mesmas competências e tarefas, também detém os mesmos direitos e obrigações nas relações entre si e com a União[151]. Nesse mesmo contexto, a União tem a obrigação de assegurar igualdade de tratamento aos estados, que, ademais de uma dimensão formal, apresenta também uma face material, admitindo-se, nesse sentido, diferenciações, como se dá, por exemplo, com a distribuição dos votos dos estados no Conselho Federal (*Bundesraat*) – artigo 51, §2º, LF[152], na composição da Assembleia Federal mediante eleições proporcionais (artigo 53, §2, LF)[153] e no estabelecimento do equilíbrio financeiro entre os estados, de acordo com suas necessidades, força econômica e população (artigo 107, LF)[154]; todavia,

---

[151] Cf. por todos BAUER, Hartmut, Art. 20 (Bundesstaat), op. cit., p. 121.

[152] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 51 – "*(2) Jedes Land hat mindestens drei Stimmen, Länder mit mehr als zwei Millionen Einwohnern haben vier, Länder mit mehr als sechs Millionen Einwohnern fünf, Länder mit mehr als sieben Millionen Einwohnern sechs Stimmen*".

[153] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 (1) – "*Der Bundespräsident wird ohne Aussprache von der Bundesversammlung gewählt. Wählbar ist jeder Deutsche, der das Wahlrecht zum Bundestage besitzt und das vierzigste Lebensjahr vollendet hat. (2) Das Amt des Bundespräsidenten dauert fünf Jahre. Anschließende Wiederwahl ist nur einmal zulässig. (3) Die Bundesversammlung besteht aus den Mitgliedern des Bundestages und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern, die von den Volksvertretungen der Länder nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden*".

[154] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 107 - "*(1) Das Aufkommen der Landessteuern und der Länderanteil am Aufkommen der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer stehen den einzelnen Ländern insoweit zu, als die Steuern von den Finanzbehörden in ihrem Gebiet vereinnahmt werden (örtliches Aufkommen). Durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, sind für die Körperschaftsteuer und die Lohnsteuer nähere Bestimmungen über die Abgrenzung sowie über Art und Umfang der Zerlegung des örtlichen Aufkommens zu treffen. Das Gesetz kann auch Bestimmungen über die Abgrenzung und Zerlegung des örtlichen Aufkommens anderer Steuern treffen. Der Länderanteil am Aufkommen der Umsatzsteuer steht den einzelnen Ländern, vorbehaltlich der Regelungen nach Absatz 2, nach Maßgabe ihrer Einwohnerzahl zu. (2) Durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, ist sicherzustellen, dass die unterschiedliche Finanzkraft der Länder angemessen ausgeglichen wird; hierbei sind die Finanzkraft und der Finanzbedarf der Gemeinden (Gemeindeverbände) zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck sind in dem Gesetz Zuschläge zu und Abschläge von der jeweiligen Finanzkraft bei der Verteilung der Länderanteile am Aufkommen der Umsatzsteuer zu regeln. Die Voraussetzungen für die Gewährung von Zuschlägen und für die Erhebung von Abschlägen sowie die Maßstäbe für die Höhe dieser Zuschläge und Abschläge sind in dem Gesetz zu bestimmen. Für Zwecke der Bemessung der Finanzkraft kann die bergrechtliche Förderabgabe mit nur einem Teil ihres Aufkommens berücksichtigt werden. Das Gesetz kann auch bestimmen, dass der Bund aus seinen Mitteln leistungsschwachen Ländern Zuweisungen zur ergänzenden Deckung ihres allgemeinen Finanzbedarfs (Ergänzungszuweisungen) gewährt. Zuweisungen können unabhängig von den Maßstäben nach den Sätzen 1 bis 3 auch solchen leistungsschwachen Ländern gewährt werden, deren Gemeinden (Gemeindeverbände) eine besonders geringe Steuerkraft aufweisen (Gemeindesteuerkraftzuweisungen), sowie außerdem solchen leistungsschwachen Ländern, deren Anteile an den Fördermitteln nach Artikel 91b ihre Einwohneranteile unterschreiten*".

na ausência de regras específicas autorizando diferenciações, incide em sua plenitude a igualdade na sua dimensão formal[155].

O terceiro elemento do Estado Federal alemão, a lealdade à Federação (*Bundestreue*), que não encontra previsão expressa no texto da LF, tem por objetivo fortalecer o vínculo da União e dos estados sob a ordem constitucional comum, significando, em termos gerais, um dever dos estados e da União de manter a lealdade entre si e buscar sempre o entendimento, que, embora não de modo incontroverso, é reconduzível ao princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*)[156].

Finalmente, encerrando esta esquemática apresentação do Estado Federal da LF, não se poderia deixar de fazer breve anotação relativamente ao assim chamado federalismo cooperativo, que tem, por sua vez, relação direta com a lealdade federativa, reconduzível à concepção do "co-operative federalismo" desenvolvida nos EUA durante o *New Deal*, baseado na premissa de que um Estado Federal somente pode funcionar de modo eficaz mediante a cooperação entre os estados e a União (cooperação vertical) e dos estados entre si (cooperação horizontal)[157].

O quanto um Estado Federal pode ser chamado de cooperativo depende, ao fim e ao cabo, de uma série de aspectos, em especial da existência (e sua utilização efetiva) de meios de cooperação, o que se verifica no caso da República Federal da Alemanha. Nesse sentido, podem ser referidos os seguintes instrumentos: a) o artigo 91, letras "a" e "b", LF, dispõe que as tarefas comunitárias serão exercidas pela União e pelos estados; b) as formas de financiamento misto previstas em especial no artigo 104a, §4º, LF; c) a possibilidade de acordos de diversa natureza entre os estados e a União e dos estados entre si, que, embora decorra da própria concepção do Estado Federal (autonomia, independência, autossuficiência), também encontra suporte em vários dispositivos da LF; d) estruturas organizatórias e institucionais comuns[158];

---

[155] Cf., por todos, GRZESZICK, Bernd. Art. 20 IV – Die Verfassungsentscheidung für den Bundesstaat. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck, 2006, p. 53.
[156] Cf. BAUER, Hartmut, Art. 20 (Bundesstaat), op. cit., p. 122-123.
[157] Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20 Abs. 1, op. cit., p. 22.
[158] Cf. GRZESZICK, Bernd. Art. 20 IV – Die Verfassungsentscheidung für den Bundesstaat, op. cit., p. 63-68.

5.3.2.5 A decisão pelo Estado Social

Ao lado das decisões pela República, Democracia, Estado de Direito e Estado Federal, a LF também optou pelo Estado Social (artigo 20, 1). Mediante tal decisão, a LF – inclusive no entendimento desenvolvido pelo TCF - atribuiu ao Estado a tarefa de erigir e zelar por uma ordem social justa e, com isso, uma responsabilidade no sentido da proteção dos socialmente vulneráveis[159].

Diferentemente do que se deu com a Constituição de Weimar, que continha um conjunto de direitos e deveres de natureza social e econômica, a LF, para além da formulação genérica do artigo 20, §1º, já referido, não incluiu diretos sociais típicos no seu texto, mas apenas alguns direitos que, em maior ou menor medida, podem ser tidos como concretizações do Estado Social, como é o caso, entre outros, do dever de tratamento isonômico entre os filhos (artigo 6, §5º), a proteção da mulher e da maternidade (artigo 6, §4º), os princípios que regem o estatuto do servidor público, em particular a obrigação de o Estado (artigo 33, §5º) – na interpretação dada pelo TCF - prover o seu sustento de modo a atender as condições mínimas que decorrem do princípio do Estado Social[160].

De especial relevância é o fato de que a cláusula do Estado Social tem sido compreendida pela doutrina e pela jurisprudência do TCF como sendo, quanto à sua função e estrutura normativa, uma norma definidora de uma finalidade (objetivo) a ser realizado (*Staatzielbestimmung*), como tal, carente de concretização permanente pelos poderes estatais, não sendo, portanto, o fundamento direto de direitos subjetivos do cidadão[161].

Dentre os diversos objetivos que tem sido extraídos do princípio do Estado Social, destacam-se a realização da justiça social e a edificação e manutenção de um sistema de segurança social que assegure a todos uma existência condigna, a redução das desigualdades e a igualdade de oportunidades, proteção contra os riscos existenciais (saúde, desemprego, velhice, etc.) e o aumento do nível geral de

---

[159] Cf. GRZESZICK, Bernd. Art. 20 VIII – Die Sozialstaatlichkeit. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter, *Grundgesetz Kommentar*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2014, p. 7.
[160] Cf. KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrecht*, op. cit., p. 359.
[161] Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20 Abs. 1, op. cit., p. 51.

bem-estar social[162].

Outro ponto de relevo, que diz respeito às funções da cláusula geral do Estado Social na condição de norma definidora de fins estatais, é o fato de que, embora não se reconheça, em regra, a possibilidade de dedução de posições subjetivas diretamente do princípio do Estado Social, doutrina e jurisprudência, com destaque para o labor do TCF, acabaram por reconhecer – com base no princípio da dignidade humana, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da cláusula do Estado Social - um direito subjetivo a um mínimo existencial, no sentido de prestações estatais que assegurem a todos condições de vida compatíveis com as exigências da dignidade da pessoa humana[163].

O conteúdo do mínimo existencial, contudo – de acordo com entendimento reiterado do TCF - deve ser definido em primeira linha pelo legislador democraticamente legitimado, não se tratado de um direito subjetivo a uma determinada prestação de determinado valor, cabendo ao Poder Judiciário intervir de modo corretivo apenas em casos de evidente insuficiência da prestação[164]. Em caráter excepcionalíssimo – altamente controverso na doutrina -, o TCF reconheceu a possibilidade de direitos originários – diretamente fundados na Constituição - a prestações concretas em matéria de saúde, quando existirem relevantes riscos para a vida e integridade física[165].

Outrossim, importa consignar que o direito a um mínimo existencial não abarca apenas prestações destinadas à salvaguarda da vida e integridade física (mínimo vital ou mínimo existencial fisiológico) mas também deve assegurar o acesso à vida econômica, social, política e cultural (mínimo existencial sociocultural), de modo a oferecer as condições fáticas mínimas para o livre desenvolvimento da personalidade e a fruição da liberdade fática e da igualdade material[166].

Ainda no que diz respeito com a ordem econômica do Estado Social sob a

---

[162] Ibidem, p. 51.
[163] Cf. por todos, KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrecht I*, op. cit., p. 363-64.
[164] Cf., em especial, BVerfGE 125, 175 – *Hartz IV*.
[165] Cf. BVerfGE BvR 347/98 - *Nikolaus-Beschluss*.
[166] Cf., por todos, SEILER, Christian. Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, *JZ – Juristen Zeitung,* número 10, 2010, p. 500 e ss.

égide da LF, foi desenvolvida a concepção de uma economia social de mercado (*soziale Marktwirtschaft*), que remonta aos anos 1950 e encontra fundamento no pensamento econômico ordo-liberal desenvolvido, na Alemanha, por Alfred Müller-Armack, e adotada como diretriz no governo de Ludwig Erhard, no sentido de uma política econômica que, fundada na livre concorrência, busca conciliar a livre iniciativa com um progresso social assegurado por um financiamento obtido mediante uma economia de mercado[167].

Determinante, nesse contexto, é a articulação entre ideias liberais e sociais que tem, na perspectiva da política econômica concretamente adotada e promovida, a combinação da liberdade econômica com um marco jurídico regulatório que, do ponto de vista macro jurídico, assegure o funcionamento dos mercados mediante garantia da livre concorrência, condições de infraestrutura e, numa perspectiva micro jurídica, garanta a proteção social dos economicamente vulneráveis[168].

Cuida-se, contudo, de tema complexo e que está diretamente conexionado com os fins e instrumentos da política econômica, dos níveis de regulação estatal, da concretização do princípio do estado social e de uma série de fatores internos e externos, como o do comportamento da economia e dos mercados em escala nacional, regional e global, no âmbito de processos dinâmicos e variáveis ao longo do tempo, de tal sorte que aqui se fica apenas na apresentação em termos gerais da concepção de uma economia social de mercado.

5.3.3 O Estado Ambiental de Direito - O dever de proteção dos recursos naturais e dos animais

Embora originalmente não contemplada na LF, a questão ambiental foi gradualmente ganhando espaço também no meio político e acabou sendo inserida mediante duas reformas constitucionais, designadamente em 1994 e em 2002, que incluíram uma letra "a" junto aos princípios estruturantes do artigo 20

---

[167] Cf. SOMMERMANN, Karl-Peter, Art. 20 Abs. 1, op. cit., p. 60-61.

[168] Cf. GRÖSCHNER, Rolf. Art. 20 (Sozialstaat). In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 102.

(Democracia, República, Estado Social, Estado de Direito, Estado Federal e Separação de Poderes). Por ocasião da primeira alteração, 1994, o artigo 20a, LF, passou a ter a seguinte redação "*o Estado protege, também no âmbito da sua responsabilidade pelas futuras gerações, as bases naturais da vida, no âmbito da ordem constitucional, por intermédio do Poder Legislativo e, nos termos da Lei e do Direito, por meio dos Poderes Executivo e Judiciário*". Mediante a alteração do texto promovida em 2002, foi então incluída a proteção dos animais, inserindo-se a expressão *"e os animais"* logo após *"as bases naturais da vida"*. [169]

Um primeiro aspecto a destacar é o de que, de acordo com a doutrina dominante a jurisprudência do TCF, não se tratou da consagração constitucional de um direito fundamental à proteção do ambiente em geral e dos animais, no sentido de um direito subjetivo, mas sim, de uma norma definidora de uma finalidade e tarefa do Estado, de caráter vinculativo, mas na perspectiva objetiva[170].

A tarefa de proteger as bases naturais da vida, passou a ocupar a mesma relevância dos demais princípios estruturantes, não existindo entre eles uma hierarquia, sendo também, nesse sentido, designado de princípio do Estado ambiental (*Umweltstaatsprinzip)*. [171] Outrossim, tratando-se de uma norma principiológica, que não dispõe sobre o nível da proteção a ser dada ao ambiente e aos animais, tampouco prescrevendo os meios para a sua concretização, são os poderes públicos os encarregados de sua definição e execução[172].

Muito embora do ponto de vista formal se possa partir de uma equiparação em termos de relevância da proteção das bases naturais da vida em geral e dos animais, na perspectiva material isso tem sido, em regra, refutado, tendo a primeira um significado maior, de tal sorte que na interpretação e aplicação do artigo 20a, não se pode pretender reduzir os níveis de proteção da natureza em geral aos da

---

[169] Eis a redação final, em alemão, do artigo 20a: "*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*".

[170] Cf., por todos, MURSWIEK, Dietrich. Art. 20a. In: SACHS, Michael (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. 8ª ed., München: C.H. Beck, 2018, p. 867-68.

[171] Cf. SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, Art. 20a. In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 229.

[172] Ibidem, p. 230.

proteção dos animais[173]. Nessa perspectiva, os animais não são considerados como sendo bases naturais da vida, o que, segundo críticos desse entendimento, vai de encontro à vontade da maioria qualificada do Parlamento, de tal sorte que o dever de proteção do artigo 20a se estende aos animais e plantas como espécies, cabendo ao Estado atuar para evitar a diminuição da diversidade da fauna e da flora, proteger os espaços dos animais que vivem livres na natureza, na medida em que tal se revela importante para a preservação das bases naturais da vida humana[174].

À vista do exposto, resulta evidente que a orientação subjacente ao artigo 20a e a posição dominante no tocante à sua compreensão, intepretação e aplicação é pelo menos tendencialmente antropocêntrica – fala-se, inclusive, de uma decisão implícita em prol do antropocentrismo [175] -, o que, contudo, não significa que não se possa proteger o meio ambiente em função dele mesmo, independentemente de seu proveito concreto para o ser humano[176].

A referência à responsabilidade para as futuras gerações, por sua vez, implica uma decisão pela justiça intergeneracional e pelo desenvolvimento sustentável, devendo o Estado zelar pela economia/preservação de recursos naturais, proteger as gerações futuras de decisões com efeitos irreversíveis e em face de riscos de lona duração, entre outros aspectos[177].

Os deveres de proteção estatais decorrentes do artigo 20a, embora não tenham sido previamente estabelecidos quanto ao seu conteúdo e alcance no texto da LF – dele não se podendo extrair um nível de proteção determinado -, dispondo o Estado, em especial o legislador, de uma ampla liberdade de conformação na sua concretização[178].

A despeito disso, doutrina e jurisprudência desenvolveram uma série de consequências e categorias a partir do dever geral de proteção ambiental contido

[173] Cf. MURSWIEK, Dietrich. Art. 20a, op. cit., p. 868.
[174] Cf. SCHULZE-FIELITZ, Helmuth, Art. 20a, op. cit., p. 233.
[175] SCHOLZ, Rupert. Art. 20a. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*, vol. III, München: C.H. Beck, 2002, p. 28-29.
[176] Nesse sentido, EPINEY, Astrid. Art. 20a. In: STARCK, Christian (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, 6. ed., München: Franz Vahlen, 2010, p. 178-180.
[177] Ibidem, p. 180-81.
[178] Ibidem, p. 192-193.

no artigo 20a, LF, com destaque para o reconhecimento de um mínimo existencial ecológico, mas também de uma proibição de piora dos níveis de proteção do ambiente, no sentido de uma garantia dos padrões fáticos e jurídicos vigentes e de uma vedação de retrocesso ambiental; além disso, cabe ao Estado um dever de sustentabilidade e de consideração dos interesses das futuras gerações, associado a um dever de precaução, ademais da responsabilidade do Estado, a adoção de medidas de caráter organizatório e procedimental para a proteção do ambiente, como, por exemplo, a exigência de estudos de impacto ambiental, entre outros[179].

Dada a sua hierarquia *prima facie* equivalente à dos demais princípios estruturantes – muito embora não tenha o status de limite material ao poder de reforma constitucional – o princípio do Estado ambiental deve ser colocado, em concreto, num sistema de concordância prática com àqueles, de tal sorte que também a proteção das bases naturais da vida e dos animais não é de natureza absoluta[180].

Já no tocante à sua relação com os direitos fundamentais é possível aplicar as mesmas premissas, de tal sorte que o dever de proteção ambiental (incluindo os animais) assume relevância na intepretação dos direitos fundamentais, em especial no que diz com a definição e configuração de seus limites, inclusive em se tratando de direitos desacompanhados de uma expressa reserva legal; nesse sentido, o princípio do Estado Ambiental pode tanto ampliar quanto limitar a eficácia dos direitos fundamentais[181].

5.3.4 Os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais, juntamente com os princípios estruturantes e a organização dos poderes, ademais da jurisdição constitucional, constituem certamente o núcleo essencial da ordem constitucional da LF. Embora visível a influência (direta e/ou indireta) do catálogo de direitos fundamentais da

[179] Ibidem, p. 193 e ss.
[180] Cf., por todos, KLOEPFER, Michael, *Verfassungsrech*t, op. cit., p. 389-90.
[181] Ibidem, p. 390-91.

Constituição da Igreja de São Paulo, 1849, e da Constituição de Weimar, 1919, a concepção adotada pelo Conselho Parlamentar em 1949, escorado substancialmente nos trabalhos preparatórios da Convenção Constitucional de *Herremchiemsee*, foi particularmente feliz e mesmo inovadora em muitos aspectos, em parte como reação ao passado, seja algumas no que toca a algumas fragilidades reveladas pela CW, seja pela barbárie e catástrofe da Segunda Grande Guerra[182].

No âmbito dos trabalhos preparatórios da Convenção Constitucional de *Herrenchiemsee* (agosto de 1948), foi formado uma subcomissão encarregada do catálogo de direitos fundamentais, o qual, em consideração às diretrizes dos Documentos de Frankfurt (I) deveria contar com um rol de direitos individuais dotados de eficácia, aplicabilidade e vinculatividade direta, renunciando a direitos de natureza social e econômica de expressão comunitária. Nessa senda, a subcomissão, que contou com a atuação proeminente de Hans Nawiasky, Professor da Universidade de Munique e que já tinha influenciado fortemente a redação da parte dos direitos fundamentais da Constituição Bávara de 1946, acabou também encontrando nesse texto importantes elementos, ademais de orientada pela reação ao nacional-socialismo, ao comunismo, mas também a "ditadura militar" das forças de ocupação, sublinhando-se, ainda neste contexto, que as propostas da Convenção Constitucional foram aprovadas no relatório favorável de Carl J. Friedrich, que, na ocasião, assessorava o governo militar[183].

Já na esfera das deliberações do Conselho Parlamentar, reunido entre setembro de 1948 e maio de 1949, a concepção de que a Lei Fundamental, para a garantia de uma ordem efetivamente democrática, deveria ter um catálogo direitos fundamentais robusto e exigíveis em Juízo, formulado de modo o mais concreto possível, de modo a evitar a sua fragilização normativa e redução a normas meramente programáticas, igualmente acabou por prevalecer[184].

---

[182] Cf., por todos, PIEROTH, Bodo. Die Grundrechte des Grundgesetzes in der Verfassungstradition. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. II, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, p. 4.
[183] Ibidem, p. 8-9.
[184] Ibidem, p. 11-14.

Note-se que, no tocante aos direitos fundamentais, o recurso à CW foi mais frequente que a negação, que, ao fim e ao cabo, foi mais enfática no campo dos direitos e deveres sociais, econômicos e culturais e quanto à possibilidade genérica da restrição dos direitos mediante a lei, no sentido de uma reserva legal geral, tendo inclusive sido recepcionadas integralmente o disposto no artigo 140 da CW, versando sobre o direito religioso estatal (*Staatskirchenrecht*) [185] , registrando-se ainda a influência do catálogo de direitos fundamentais da Constituição da Igreja de São Paulo (1848), das constituições estaduais e do projeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1949[186].

Mas possivelmente o mais importante aspecto a referir é a já referida concepção de que os direitos fundamentais deveriam ocupar uma posição de proeminência no texto da LF e serem submetidos a um regime jurídico reforçado por um conjunto de garantias, como é o caso da previsão, no artigo 1º, §3º, de que os direitos fundamentais vinculam diretamente os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [187] , e dos assim chamados "limites aos limites" dos direitos fundamentais, ou seja, exigências para a legitimidade constitucional de intervenções restritivas por parte do poder público dada a circunstância de que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Aqui se incluem, restringindo-nos apenas às garantias expressamente consignadas no texto da LF, da exigência prevista no artigo 19, §1º,[188] de que à medida em que um direito fundamental pode ser restringido por lei e com base em uma lei, a lei deve ter caráter geral e não valer apenas para casos individuais, ademais do dever de citação expressa pela lei restritiva do (s) direito (s) afetado (s); No artigo 19,§2º,[189] , por sua vez, encontra-se a famosa mas sempre polêmica garantia da salvaguarda do núcleo essencial

---

[185] Ibidem, p. 14-15,

[186] Ibidem, p.14-15. *Vide*, também: STARCK, Christian. Art. 1, Abs.3. In: v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, 5. ed., München: Verlag Franz Vahlen, 2005, p. 90.

[187] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 1º - *"(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."*

[188] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 19 – *"(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen".*

[189] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 19 – *"(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden".*

dos direitos fundamentais contra intervenções restritivas do poder público, da atribuição da titularidade de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, na medida em que compatíveis com a sua natureza (artigo 19, §3º) [190] e do direito/garantia à proteção judiciária (artigo 19, §4º)[191].

No âmbito da proteção judiciária, que se verifica em todas as esferas do Poder Judiciário, portanto, nas instâncias ordinárias, o papel determinante, contudo, é o do TCF, que, no âmbito do controle concentrado de normas, têm a competência exclusiva – no plano federal (nacional)[192] – para o conhecimento da admissibilidade e julgamento com efeito "erga omnes" e eficácia vinculante, com força de lei, da reclamação constitucional – *Verfassungsbeschwerde* - de acordo com o que dispõe o artigo 92, §4º, letra "a", LF.[193]

A reclamação constitucional, portanto, consiste na ação constitucional por excelência para o efeito da proteção judiciária dos direitos fundamentais por parte do TCF e a própria definição de direitos fundamentais é, em parte, por ela determinada, por se tratar de prerrogativa exclusiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, numa perspectiva formal, direitos fundamentais são aqueles preceitos da LF em relação aos quais é cabível o manejo da reclamação constitucional[194].

Ainda nesse contexto, é de se sublinhar a já referida inclusão do princípio da dignidade humana e dos correspondentes deveres de respeito e proteção por parte do Estado já no primeiro artigo do texto da LF e a sua qualificação como sendo também uma norma de direito fundamental, dotada de eficácia direta e de

---

[190] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 19 – "*(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind".*

[191] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 19 – "*(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt".*

[192] Note-se que no plano estadual, onde também existem Tribunais Constitucionais, também há previsão de ações constitucionais destinadas à proteção dos direitos fundamentais estaduais.

[193] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 93 - "*(4a) über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein".*

[194] Cf. SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*, 4.ed, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p.141 ss; CALLIES, Christian. Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts. In: BÖTTGER, Katrin; JOPP, Mathias. *Handbuch zur deutschen Europapolitik*, Baden-Baden: Nomos, 2017, p. 149 ss.

poder vinculante, ademais de constituir limite material ao poder de reforma constitucional, de onde se extraiu – tanto no plano doutrinário quanto na jurisprudência do TCF – a concepção de que o conteúdo em dignidade humana dos direitos fundamentais, apesar desses em si não terem sido contemplados no artigo 79, §3º, LF (*Ewigkeitsklauseln* – "cláusulas pétreas") encontra-se blindado também contra o poder de reforma constitucional[195].

Calha acrescentar, ainda nesse contexto, que os direitos fundamentais consagrados pela LF não se limitam aos previstos no artigo 1º (dignidade humana) e seguintes, incluindo o direito à proteção judiciária (artigo 19, §4º), abarcando também outros direitos expressamente positivados no texto constitucional, os assim chamados direitos equivalentes aos direitos fundamentais, designadamente aqueles previstos nos artigos 20, 4, 33, 38, 101, 103 e 104, designadamente, a proibição de tribunais de exceção[196], a proibição da pena de morte[197], os direitos perante os tribunais (direitos/garantia processuais)[198] e as garantias relativas à privação da liberdade por parte do Estado[199].

---

[195] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 79 – *"(3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig"*.

[196] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Artigo 101 – "(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. (2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden"*.

[197] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 102 - *"Die Todesstrafe ist abgeschafft"*.

[198] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 19 – *"(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt"*.

[199] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 104 – *"(1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden. (2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln. (3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen. (4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen"*.

Ainda nesse contexto, da determinação da abrangência do catálogo constitucional de direitos, é de se referir a existência de direitos fundamentais implicitamente positivados, ou seja, de posições jusfundamentais autônomas (com âmbito de proteção próprio) deduzidas pelo TCF de princípios e direitos fundamentais expressamente consagrados. Nesse sentido, calha citar, dentre outros, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade [200], o direito à autodeterminação informacional[201], o direito ao conhecimento da ascendência genética[202], o direito à autodeterminação reprodutiva e sexual[203] e o direito a um mínimo existencial[204].

Outro aspecto a ressaltar e que foi ganhando em relevância ao longo da vigência da LF, é a integração ao direito interno dos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (2000), incorporada ao Tratado de Lisboa (Tratado da União Europeia) em 2009. Aqui, dentre outros pontos, está em causa o valor jurídico-normativo de tais direitos, em especial na sua articulação com os direitos fundamentais da LF e a relação entre o TCF, guardião da LF, e dos dois Tribunais Europeus, a Corte Europeia de Direitos Humanos (vinculado ao Conselho da Europa e que zela pela aplicação da Convenção Europeia) e o Tribunal de Justiça da União Europeia (guardião da Carta dos Direitos Fundamentais e vinculado à União Europeia).

No que diz com a relação entre o TCF e os dois Tribunais Europeus, designadamente o Tribunal de Justiça da União Europeia (DJUE) e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), sempre se registraram – e no contexto da Europa, não apenas no caso da Alemanha – tensões e mesmo conflitos no concernente à intepretação e aplicação dos direitos humanos (TEDH) e dos direitos fundamentais (TJUE). No que diz especificamente sobre os direitos fundamentais europeus (consagrados na Carta Europeia) e os direitos

---

[200] BverfGE 6, 32 – *Elfes;* no que se refere à sua relação com a autonomia privada (Privatautonomie) *vide* BVerfGE 8, 274; BVerfGE 74, 129.
[201] BverfGE 65, 1 - *Volkszählung*; BverfGE 80, 367 – *Tagebuch*.
[202] BverfGE - 1 BvR 1689/88.
[203] BverGE 49, 286 - *Transsexuelle I*; BverGE 116, 243 - *Transsexuelle IV.*
[204] BverfGE 125, 175 – *Hartz IV.*

fundamentais previstos na LF, importa destacar que o TFC, por ocasião de duas decisões de 6 de novembro de 2019[205], se apresenta como sendo o guardião dos direitos fundamentais da LF, mas também que simultaneamente lhe é assegurado o poder de interpretar os direitos fundamentais da Carta Europeia[206].

No que se refere à recepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos, esta possui hierarquia de Lei Federal, o que impossibilita que ela seja base para uma reclamação constitucional, mas vincula diretamente os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, embora, diferentemente dos direitos fundamentais, não vincule diretamente o legislador. Todavia, isso não significa que a legislação interna não possa ser controlada com base na Convenção Europeia, visto que o TCF passou a entender, em atenção ao dever constitucional de uma postura amiga do direito internacional, que os direitos da Convenção servem como parâmetros auxiliares para a interpretação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais da LF, e, nessa medida, também controlar a conformidade da legislação nacional com a Convenção.[207].

No que diz respeito aos direitos fundamentais consagrados na LF, cuidando-se aqui de uma perspectiva histórica mais ampla, que pretende apenas apresentar em termos gerais a matéria, limitar-nos-emos a uma sumária apresentação do catálogo de direitos fundamentais da LF[208], excluindo, de plano, os direitos consagrados nas constituições estaduais, dentre as quais algumas preveem alguns direitos sociais.

Uma vez já tecidas algumas considerações sobre a dignidade humana na condição de princípio objetivo geral e estruturante e como direito fundamental,

---

[205] BverfGE 1 BvR 16/13 – *Recht auf Vergessen I*; BverfGE 1 BvR 276/17 - R*echt auf Vergessen II*.

[206] NETTESCHEIM, Martin; SCHÄUFLER, Sabine. Europäischer Grundrechtsföderalismus und Bundesverfassungsgericht. In: NETTESCHEIN, Martin; SCHÄUFLER, SABINE. *Jahrbuch des Föderalismus - Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa,* Baden-Baden: Nomos, 2020, p.119 ss.

[207] Cf., por todos, a síntese clara e atualizada de KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte – Staatsrecht* II, 34ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2018, p. 22

[208] Para aqueles que tiverem interesse em acessar, em língua portuguesa, uma seleção da jurisprudência primorosamente selecionada, resumida e comentada do TCF em matéria de direitos fundamentais, sugerimos enfaticamente a obra de MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão. Decisões anotadas sobre direitos fundamentais, volumes I a IV* (volume V em preparação para publicação em 2021), Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2016-20.

iniciamos com os direitos especificados no artigo 2º [209], da LF, onde restou ancorado o núcleo dos direitos da personalidade, também aqui de modo em boa parte inovador, designadamente um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os direitos à vida e à integridade corporal e um direito geral de liberdade, estabelecendo em todos os casos uma expressa reserva legal, ou seja, autorizando intervenções restritivas nos respectivos âmbitos de proteção. Nesse sentido, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade encontra seus limites nos direitos de terceiros, na ordem constitucional e nos bons costumes. Já no caso dos direitos à vida, integridade corporal e liberdade, uma intervenção restritiva poderá ocorrer somente com base em lei.

A proteção do direito à vida foi particularmente enrobustecida na LF. Isto porque, embora não prevista no catálogo constitucional propriamente dito (artigos 1-19), a proibição, sem exceção, da pena de morte (artigo 102, LF) merece ser destacada, visto se tratar aqui também de uma clara e contundente reação dos constituintes de 1948-49 ao passado recente, posto que além do massacre de milhões de pessoas pelas forças alemãs ao longo da Guerra, a pena de morte, como resultado de uma condenação formal na esfera judiciária (aqui incluídos os tribunais militares), foi aplicada a dezenas de milhares de alemães. Cumpre lembrar, além disso, o caráter historicamente significativo dessa providência, posto que no âmbito do sistema internacional de proteção dos direitos humanos (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos), a pena de morte segue admitida para os casos de guerra declarada, exceção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, neste caso apenas mediante um protocolo adicional de 2003[210].

Note-se que a proteção da personalidade e dos direitos à vida e integridade corporal, ademais do direito geral de liberdade, foi objeto de desenvolvimento (com base nos direitos do artigo 2º e mesmo em combinação com outros direitos

[209] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 2 - *"(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen warden"*

[210] Protocolo n.º 13 à convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Artigo 1º - "É abolida a pena de morte. Ninguém será condenado a tal pena, nem executado".

fundamentais e princípios, como o da dignidade humana) e concretização pelo TCF, inclusive no que diz com a sua adequação às mudanças nas esferas social, econômica, cultural e, em especial, no campo do impacto das novas tecnologias. Sem que se possa aqui aprofundar o ponto, é de se sublinhar o reconhecimento de um direito geral de personalidade[211] e de direitos especiais de personalidade, como é o caso, entre outros, dos direitos à honra (reconhecido de modo indireto no artigo 5º, como limite à liberdade de expressão), à autodeterminação informativa (com isso também a proteção dos dados pessoais)[212] e do direito à identidade genética e do respectivo conhecimento da origem genética (ascendência)[213], assim como o respeito à orientação sexual[214].

São muitas as decisões do TCF nessa seara, particularmente no concernente à delimitação do âmbito de proteção de tais direitos e na definição dos limites das respectivas intervenções restritivas, inclusive criando novas categorias no que diz respeito à teoria geral e dogmática dos direitos fundamentais, como é o caso, entre outras, da proibição de proteção insuficiente

---

[211] O direito geral da personalidade se desenvolveu a partir do direito civil. No famoso caso *Elfes* (BVerfGE 6, 32), julgado em 1957, o TCF negou uma proteção especial à luz do direito geral da personalidade. Somente em 1973 tal direito foi reconhecido por meio da decisão conhecida como *Tonband* (BVerfGE 34, 238), na qual foi reconhecida que a gravação feita secretamente por meio de uma fita é ilegal em vista, também, dos direitos gerais de personalidade. Importante salientar que os direitos gerais de personalidade também se estendem às pessoas jurídicas (BVerfGE - 2 BvR 1405/17 – *Jones Day*). No geral, sem aprofundar tal tema, pode-se afirmar que um direito geral da personalidade concede a oportunidade de se moldar a própria vida na interrelação pessoal e social, cf. RÄDLER, Julia. *Das dritte Geschlecht Rechtsfragen und Rechtsentwicklung*, Berlim: Duncker & Humblot, 2019, p.31. Nas palavras do próprio TCF (BVerfGE 54, 148), além de proteger os elementos constitutivos da personalidade, um direito geral da personalidade também complementa algumas liberdades clássicas dispostas na LF, como a liberdade de consciência e de expressão. Para uma visão abrangente e atualizada sobre os direitos de personalidade, v., dentre tantos, GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Ed.), *Handbuch des Persönlichkeitsrecht.* Presse- und Medienrecht, München: C.H. Beck, 2019, destacando-se aqui a parte relativa à proteção constitucional da personalidade (p. 111-202).

[212] No que se refere à relação com a autodeterminação informativa, o TCF já citou nominalmente o direito geral de personalidade no famoso julgamento sobre a Lei do Censo (BVerfGE 65, 1 – *Volkszählung*). Mais recentemente, o TCF afirmou que o direito geral da personalidade abarca o direito fundamental à garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos (BVerfGE - 1 BvR 370/07).

[213] Conforme decisão proferida em 2017 (BVerfGE – 1 BvR 2019/16), o direito geral da personalidade protege, também, a identidade de gênero das pessoas.

[214] No que tange o respeito da orientação sexual, cabe citar o caso *Transsexuelle IV* (BVerfGE 116, 243), no qual ficou decidido que seria contrário ao desenvolvimento da personalidade e da igualdade impedir que estrangeiros pudessem modificar seu prenome junto ao órgão público. Também em relação aos transexuais (BVerfGE 128, 109), foi declarada a inconstitucionalidade da lei que exigia como condição para o reconhecimento civil do casal uma operação cirúrgica que alterasse os órgãos genitais.

(*Untermassverbot*) inicial e principalmente (mas não exclusivamente) vinculada aos direitos à vida, à integridade física e também à dignidade humana.

Nesse contexto, imprescindível referir a jurisprudência do TCF no caso "Schleyer", sobre a interrupção voluntária da gravidez, mas também – igualmente em caráter meramente ilustrativo - decisões como a da "vida como dano", da proibição do abate de aviões em poder de terroristas e da proibição da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes.

O caso "Schleyer"[215] teve ampla repercussão, ademais de gerar grande polêmica. O que estava em causa era a impugnação, por parte do filho do poderoso empresário Hans-Martin Schleyer, de decisão da autoridade policial alemã que havia negado o pedido formulado pelos sequestradores do empresário, que integravam o assim chamado grupo Baader-Meinhoff, no sentido de libertar diversos terroristas presos em troca da libertação do sequestrado, que, não fosse atendido o pedido, seria morto. O TCF, após deliberação em regime de urgência, acabou julgando improcedente o pleito, argumentando, em apertadíssima síntese, que o Tribunal não poderia ordenar qualquer medida específica, pois a Constituição obriga o Estado a proteger não apenas o indivíduo, mas também todos os cidadãos, e, embora haja *standards* de proteção, a LF não os estabelece previamente em situações que envolvem atos executados por terroristas, pois configurado o perigo de os mesmos poderem prever a reação do Estado. Por isso, *in casu,* é o governo que possui a discricionariedade relativamente aos atos que devem executados.

Sobre a legitimidade constitucional do abortamento, há duas importantes decisões do TCF[216]. Na primeira delas o TCF entendeu que é dever do Estado proteger a vida e que, portanto, seria constitucional fazê-lo por meio de legislação penal que criminaliza o aborto, exceto em alguns casos, como os da gravidez decorrente de estupro, de grave risco para a vida e saúde da mãe ou da hipótese de irreversível condição física ou mental do nascituro[217].

[215] BVerfGE 46, 160 – *Schleyer.*
[216] BVerfGE 39, 1- *Schwangerschaftsabbruch I* e BVerfGE 88, 203- *Schwangerschaftsabbruch II.*
[217] BVerfGE 39, 1- *Schwangerschaftsabbruch I.*

Posteriormente, ao decidir sobre a constitucionalidade de reforma da lei penal, o TCF descriminalizou o aborto, exigindo que a mãe recebesse extensivo apoio médico e que a decisão fosse tomada nas primeiras 12 semanas de gestação. Manteve-se, no entanto, o entendimento de que havia ilegalidade na decisão da mãe. Não haveria crime, mas sim, um ilícito civil. O TCF expediu orientações para a elaboração de futura legislação sobre o assunto, medida criticada, porquanto se estaria incentivando que os perdedores nas discussões travadas no legislativo procurariam o judiciário para correção de decisões anteriormente tomadas[218].

No caso conhecido como "*Kind als Schaden*" (criança como dano ou, na versão difundida em Inglês, *wrongful life*), se discutiu a constitucionalidade de pedido formulado por pais que exigiram perdas e danos em face de cirurgiões, cujas operações de esterilização (vasectomia, p. ex.) redundaram em fracasso. A subsequente gravidez e a criança dela resultante foram invocadas como justificativa para o ressarcimento de danos sofridos pelos pais, nas ações que manejaram contra os médicos O TCF deu pela improcedência da demanda, porquanto a equiparação de crianças com danos sofridos violaria a dignidade humana daquelas, em especial pelo fato de que uma criança não pode ser equiparada a um objeto, um bem comercial[219].

Já em outro caso, o TCF decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei promulgada logo após os ataques terroristas aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, que permitia que as Forças Armadas abatessem aeronaves hostis (usadas como armas), a Lei de Segurança Aérea (*Luftsicherheitsgesetz).* O fato de que pessoas inocentes pudessem morrer, como resultado de uma ação do Estado, implicaria violação da sua dignidade humana, pois estariam sendo instrumentalizados[220].

---

[218] Para um maior estudo sobre a reflexão do aborto no âmbito político da Alemanha *vide*, por todos: MEIDERT, Nadine; NEBEL, Kerstin. Moralpolitik am Beispiel von Einstellungen zum Schwangerschaftsabbruch in Deutschland. Eine vergleichende Längsschnittstudie von Gesellschaft und politischen Akteuren. In: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, v.23, n.1, 2013, p.77-102.

[219] BVerfGE 96, 375- *Kind als Schaden*.

[220] BVerfGE 115, 118- *Lüftsicherheitsgesetz.* Para maiores reflexões sobre a vida e dignidade humana em tempos de guerra, vide: ZIMMERMANN, Andreas; GEIB, Robin. Die Totung Unbeteiligter

Já no caso envolvendo a proibição da tortura, o assim conhecido caso *Daschner*, o TCF reafirmou que a utilização da tortura reduz a pessoa que está sendo inquirida à condição de objeto do Estado, portanto, a um instrumento para combater o crime, o que representa violação da pretensão de respeito por cada pessoa, além da destruição de fundamentos da coexistência humana[221].

O próximo direito fundamental assegurado pela LF é o direito de igualdade, previsto no artigo 3º, que abrange tanto um direito geral, quanto alguns direitos especiais de igualdade, ademais de abarcar a liberdade formal e material, tudo objeto de desenvolvimento substancial pelo TCF, o qual inclusive reconheceu novas dimensões do direito de igualdade, como é o caso, por exemplo, da união estável homoafetiva.

A igualdade formal, no sentido da igualdade de todos os seres humanos perante a lei, foi consagrada no artigo 3º,1, LF, ao passo que no artigo 3º, 2, encontra-se assegurado o direito a igual tratamento de homens e mulheres, acompanhada da obrigação do Estado de promover a efetiva implementação de tal igualdade, cabendo ao Estado também a tarefa de atuar no sentido da eliminação das desvantagens existentes. No item 3 do mesmo artigo, a LF proíbe categoricamente que qualquer pessoa seja colocada em situação de desvantagem em virtude do gênero, descendência, raça, língua, pátria e origem, suas crenças e orientação religiosa, mas também em virtude de eventual deficiência[222]. Note-se, nesse contexto, que a proibição da discriminação em virtude de eventual deficiência não estava contemplada no texto originário da LF, tendo sido incorporada, mediante uma lei de alteração da constituição, em 1994. Além disso, cabe relembrar o compromisso do Governo Federal Alemão ao ratificar a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em 2009.

Zivilisten: Menschenunwurdig im Frieden - Menschenwurdig im Krieg. *Der Staat*, vol. 46, no. 3, 2007, p. 377-394.

[221] *BVerfGE* (K), NJW 2005, 656 (657).

[222] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 3 – *"(1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden".*

A jurisprudência do TCF sobre igualdade é imensa e alcança praticamente todos os domínios do Direito e da atividade estatal, inclusive, em alguns casos, com reflexos nas relações privadas.

Num dos casos que podem ser citados em caráter ilustrativo, questionou-se a constitucionalidade de uma lei na seara das relações trabalhistas, dispondo que o aviso prévio do trabalhador desqualificado (*blue collar*, na expressão norte-americana) seria de duas semanas, enquanto o trabalhador qualificado (*staff, white collar*) contaria com aviso prévio de seis semanas. Argumentava-se, em favor da solução legal impugnada, que, por ser mais qualificado, esse trabalhador precisaria de mais tempo para encontrar um novo emprego. O TCF, contudo, entendeu que a regra era discriminatória, apenas no que se refere ao fato de que era inadequada e desproporcional. Assinou-se um prazo de três anos para que o Legislativo discutisse e aprovasse uma nova lei, o que ocorreu com norma superveniente que dispôs que o prazo do aviso prévio deveria ser proporcional ao tempo trabalhado[223].

A igualdade de oportunidades também já foi reconhecida na seara eleitoral. Em decisão proferida em 1985[224], o TCF analisou se a recusa em veicular a propaganda eleitoral de um político para o Parlamento Europeu feria a sua igualdade de oportunidade. A propaganda trazia uma mensagem contra o aborto, com imagens e closes de um feto, criticando a opção política da Europa em relação ao aborto. Segundo a decisão, a chance do candidato foi desrespeitada, pois esse direito não se refere somente ao direito eleitoral num sentido estrito, mas também diz respeito à publicidade eleitoral, que é essencial para a preparação das eleições[225].

No que se refere especificamente ao artigo 3, §3º, o TCF decidiu em 1995 que as leis dos Estados de Baden-Württemberg e da Baviera são inconstitucinais, na medida em que limitam ao sexo masculino a obrigação de serviço no corpo de bombeiros, assim como limitam a aplicação de uma taxa de proteção contra o

[223] BVerfGE 82, 126- *Kündigungsfristen und Angestellten.*
[224] BverfGE 69, 257 - *Politische Parteien.*
[225] Para um maior estudo sobre o tema *vide:* BÄCKER, Alezandra. Parteienrecht im Spiegel der Rechtsprechung: Chancengleichheit. In: *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, ano 26, n.1, 2020, p.61-74.

incêncio aos homens que não atuam nesse serviço. Segundo o Tribunal, essa limitação viola a proibição de discriminação presente no artigo supracitado[226].

No que diz com os artigos subsequentes, assegurando diversos outros direitos fundamentais, entendemos por bem não seguir a ordem numérica, mas sim, agrupar os direitos em virtude de alguns elementos em comum.

Num primeiro bloco situam-se as liberdades fundamentais, como é o caso da liberdade de consciência e de crença (liberdade religiosa) – artigo 4º, das liberdades de opinião, comunicação, informação e expressão artística (artigo 5º), da liberdade de reunião (artigo 8º), liberdade de associação (artigo 9º), liberdade de circulação (artigo 11) e liberdade profissional (artigo 12).

No artigo 4º, §1º, a LF enuncia solenemente que a liberdade de crença, de consciência e a liberdade de professar determinada religião e de visão do mundo é inviolável, ao passo que no item 2, é assegurado o exercício sem perturbação da liberdade religiosa; no artigo 4º, §3º, por sua vez, encontra-se previsto que ninguém pode ser forçado a prestar serviço militar contra a sua consciência, devendo o restante ser regulado por lei[227].

No que diz respeito às relações entre religião e o Estado, assume relevo o fato de que, a teor do artigo 140, LF, as disposições dos artigos 136, 137, 138, 139 e 141 da Constituição de Weimar, de 1919, são parte integrante da LF, não tendo sofrido qualquer alteração textual desde 1949[228]. Cuida-se, portanto, de preceitos constitucionais que complementam o previsto no artigo 4º, LF, mas, não sendo o caso aqui de reproduzir todo o conteúdo dos dispositivos referidos, calha destacar aqui, em caráter ilustrativo, apenas alguns dos mais relevantes.

De acordo com o artigo 136, §1º, os deveres civis e públicos dos cidadãos não podem ser limitados ou condicionados pelo exercício da liberdade religiosa[229]

---

[226] BVerfGE 92, 91 – *Feuerwehrabgabe.*

[227] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 4: *"(1) Die Freiheit des Glaubens, des Gewissens und die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses sind unverletzlich. (2) Die ungestörte Religionsausübung wird gewährleistet. (3) Niemand darf gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz"*

[228] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 136 – *"Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung vom 11. August 1919 sind Bestandteil dieses Grundgesetzes".*

[229] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 136 – *"(1) Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt".*

e (artigo 136, §º2) o acesso aos cargos públicos e fruição de direitos é independente de determinada orientação religiosa[230]. Além disso (136, §3º), ninguém está obrigado a publicizar sua convicção religiosa, sendo permitido ao poder público solicitar informações a respeito no caso de ser necessário para fins estatísticos, por determinação legal, ou então se disso dependerem direitos e obrigações[231]. Outrossim, ninguém poderá ser forçado a alguma prática religiosa, festejos religiosos, ou juramento religioso[232].

No artigo 137 encontra-se consagrado, dentre outras questões ali reguladas, o dever de neutralidade religiosa do Estado, vedando-se Igrejas oficiais estatais[233], sendo assegurada, na medida da lei, a liberdade de associação religiosa, a autonomia de cada comunidade religiosa[234].

Além do exposto, bem como do que prescreve o Artigo 138 (dispondo, entre outros pontos, sobre a propriedade das instituições religiosas)[235], o artigo 139 estabelece que o domingo e os feriados reconhecidos pelo poder público seguem sendo, na condição de dias de descanso do trabalhador e dos cuidados espirituais, protegidos por lei[236]. Finalmente, a teor do artigo 141, as associações religiosas estão autorizadas a promover cultos e cuidados espirituais nas forças armadas,

---

[230] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 136 – *"(2) Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte sowie die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis".*

[231] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 136 - *"(3) Niemand ist verpflichtet, seine religiöse Überzeugung zu offenbaren. Die Behörden haben nur soweit das Recht, nach der Zugehörigkeit zu einer Religionsgesellschaft zu fragen, als davon Rechte und Pflichten abhängen oder eine gesetzlich angeordnete statistische Erhebung dies erfordert".*

[232] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 136 – *"(4) Niemand darf zu einer kirchlichen Handlung oder Feierlichkeit oder zur Teilnahme an religiösen Übungen oder zur Benutzung einer religiösen Eidesform gezwungen werden".*

[233] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 137 – *"(1) Es besteht keine Staatskirche".*

[234] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 137 – *"(2) Die Freiheit der Vereinigung zu Religionsgesellschaften wird gewährleistet. Der Zusammenschluß von Religionsgesellschaften innerhalb des Reichsgebiets unterliegt keinen Beschränkungen".*

[235] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 138 – *"(1) Die auf Gesetz, Vertrag oder besonderen Rechtstiteln beruhenden Staatsleistungen an die Religionsgesellschaften werden durch die Landesgesetzgebung abgelöst. Die Grundsätze hierfür stellt das Reich auf. (2) Das Eigentum und andere Rechte der Religionsgesellschaften und religiösen Vereine an ihren für Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und sonstigen Vermögen werden gewährleistet".*

[236] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 139 -*"Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt".*

hospitais e estabelecimentos prisionais, sendo vedada qualquer forma de coerção[237].

Assim, resulta fácil perceber, não apenas o quanto a liberdade religiosa é importante na arquitetura constitucional alemã, mas também que, no campo das relações entre o fenômeno religioso e da institucionalidade eclesiástica, os "pais" da LF projetaram um modelo muito distante de um laicismo mais radical, como se dá no caso da França e em diversos países comunistas, adotando, pelo contrário, sem prejuízo da afirmação da neutralidade estatal nessa seara, uma postura amiga da religião, permitindo que a religião possa se expressar no espaço público por meio de seus ritos[238].

Como se deu (e se dá) em outros países, são muitas também as decisões do TCF na matéria, podendo aqui ser destacadas pelo menos quatro decisões, designadamente os casos *Testemunhas de Jeová*[239], *Crucifixo*[240] e do *Véu Muçulmano*[241].

No primeiro caso, julgado em 2000, um grupo de Testemunhas de Jeová requereu o reconhecimento como comunidade religiosa. O pedido foi indeferido nas instâncias ordinárias, sob a fundamentação de que se mantinham distantes e indiferentes para com o Estado. Especialmente, insistia-se no fato de que rejeitavam o direito de voto. Os membros levaram a questão até o TCF que anulou as decisões administrativas contrárias à pretensão de reconhecimento. Decidiu-se que a cada grupo compete definir sua atuação em todas as questões que lhes são peculiares, de tal sorte que, desde que as Testemunhas de Jeová respeitassem direitos de terceiros, não haveria razões para limitar o reconhecimento desse grupo. A recusa em votar não ameaçava a ordem constitucional porquanto a LF não dispunha sobre o voto obrigatório[242].

---

[237] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo141 – *"Soweit das Bedürfnis nach Gottesdienst und Seelsorge im Heer, in Krankenhäusern, Strafanstalten oder sonstigen öffentlichen Anstalten besteht, sind die Religionsgesellschaften zur Vornahme religiöser Handlungen zuzulassen, wobei jeder Zwang fernzuhalten ist".*

[238] CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von. §136 Religionsfreihei. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,*vol.6, Heidelberg: C.F. Müller, 2001, §52.

[239] BVerfGE 102, 370- *Zeugen Jehovas.*

[240] BVerfGE 93, 1- *Kruzifix.*

[241] BVerfGE 108, 282- *Kopftuch.*

[242] Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish, *German Legal System and Laws*, op. cit., pp. 249-250.

O caso do *Crucifixo*, decidido em 1995, decorreu da discussão em torno de uma lei da Bavária que determinou a exibição e manutenção de crucifixos em todas as escolas de ensino elementar. Um grupo de pais e alunos desafiou a norma, alegando que esta contrastava com a liberdade de crença, que consistiria também em *não* se acreditar em valores e símbolos cristãos. O que se discutia, no limite, era o fato de que a colocação de crucifixos nas escolas, por determinação legal, significaria intrusão absoluta do Estado na liberdade de crença religiosa e no direito de optar pela educação das crianças. Em contrapartida, os defensores da colocação do crucifixo entendiam que sua mera exibição não teria, como reflexo necessário, a imposição de uma crença e não apresentava um conteúdo missionário. O TCF, todavia, decidiu de modo diverso, argumentando que compreendeu que o crucifixo veiculava uma mensagem subliminar e que influenciaria na formação da convicção e na crença dos alunos, crianças ainda em idade formativa de valores[243].

Em outro caso significativo, julgado em 2003, discutiu-se a situação de uma professora, que era muçulmana, e que se recusava a retirar o véu (*shador*) quando atuava em sala de aula. A direção da escola a dispensou, por essa razão. A ofendida levou a questão ao TCF, que entendeu que não havia razões para tal proibição. O véu é parte da indumentária da ofendida, a quem se deve garantir o direito de viver de acordo com suas próprias crenças[244].

As liberdades de expressão, comunicação e informação, assim como as liberdades científica, de pesquisa e de ensino, foram contempladas no artigo 5º, LF, ocupando, como se dá nas constituições de um Estado Democrático de Direito, um lugar central, visto que condição necessária para a democracia no sentido não meramente procedimental. Trata-se, outrossim, de liberdades fundamentais das mais violadas em regimes políticos autoritários, posto que é mediante o seu exercício que se pode opor resistência e combater tais regimes. No caso da LF, dadas as experiências traumáticas vivenciadas durante a ditatura nacional-socialista, as liberdades comunicativas não apenas mereceram um particular destaque no processo de elaboração do texto constitucional, como tem sido objeto

---

[243] Cf. FOSTER, Nigel e SULE, Satish, *German Legal System and Laws*, op. cit., p. 250.
[244] BVerfGE 108, 282 - *Kopftuch*

de intensa reflexão doutrinária e pauta recorrente no âmbito do TCF. Além disso, é nesse campo que também foram desenvolvidas algumas das categorias dogmáticas mais relevantes no campo dos direitos fundamentais, mas também do direito constitucional em geral.

De acordo com o disposto no artigo 5º, 1, cada pessoa tem o direito de externar e difundir a sua opinião mediante palavras, por escrito e imagens, assim como o direito de se informar de modo desimpedido com base em fontes acessíveis para todos. Além disso, o mesmo artigo 5º, 1, dispõe que a liberdade de imprensa e a de informação por meio de radiodifusão e filmes é assegura, vedada a censura[245]. Além disso, a despeito da relevância das liberdades comunicativas, a LF, no parágrafo 2 do artigo 5º, estabelece que não se trata de direitos de caráter absoluto, mas que encontram limites nas leis gerais, nas regras legais para a proteção da juventude e no direito à honra pessoal[246]. Por derradeiro, o artigo 5º, §3º, assegura a liberdade artística, a liberdade científica e as liberdades de ensino e pesquisa, destacando que a liberdade de ensino não afasta o dever de lealdade para com a ordem constitucional[247].

Uma primeira observação que se pode fazer, é a de que a LF diferencia (o que posteriormente acabou sendo desenvolvido pela doutrina e jurisprudência) a liberdade de expressão individual, na forma de liberdade de opinião, da liberdade de comunicação, incluída aqui a liberdade de imprensa, além de reconhecer a liberdade de informação, embora todas elas submetidas, pelo menos em princípio e forte no sentido literal do texto da LF, a um conjunto comum de limites e possibilidade de intervenções restritivas[248].

Em face de tal quadro, diferentemente do que se deu em outros países, em especial aqui os EUA, as liberdades de expressão, comunicação e informação não

---

[245] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 5 – *"(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt".*

[246] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 5 – *"(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre".*

[247] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 5 – *"(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung".*

[248] *Vide,* por todos, por meio de uma análise estruturada e didática EPPING, Volker. Grundrechte, 4.ed, Springer: Berlim, p.91 ss

ocupam, pelo menos tendo em conta o texto da LF, uma posição preferencial verificável *a priori,* mas que de algum modo foi sendo reconhecida pelo TCF ao longo do tempo, mediante um conjunto de decisões que fortaleceram as liberdades comunicativas, sendo possível falar atualmente de uma posição preferencial relativa, ou, se assim quisermos, de uma posição preferencial *prima facie* [249].

A jurisprudência sobre o tema é, como sói acontecer, vastíssima, e em grande parte voltada à delimitação do âmbito de proteção das liberdades comunicativas e do alcance dos respectivos limites, resultando também na definição de alguns critérios importantes para a determinação da legitimidade constitucional de determinada manifestação do pensamento, veiculação de opiniões, informações, críticas, etc, mas também na seara da expressão artística.

Aqui situa-se, por exemplo, o problema do assim chamado discurso do ódio, que tem recebido um tratamento mais rigoroso do que em outras ordens jurídicas mais liberais quanto a tal ponto. Nesse sentido, não se poderia deixar de consignar a reiterada jurisprudência do TCF no sentido da legitimidade constitucional da criminalização da negação do Holocausto, o genocídio praticado contra a população judia na Europa durante a Segunda Grande Guerra. Em decisão prolatada em 2018, o TCF [250] inadmitiu a Reclamação Constitucional de uma mulher que reiteradamente negou os crimes do Nacional-Socialismo nos campos de concentração de Ausschwitz, por meio de artigos na Internet. Segundo a decisão do Tribunal, a negação do genocídio causado pelos nazistas pode colocar em perigo a paz pública, seja na esfera da discussão política, seja na proteção de grupos de pessoas e povos que foram subjugados naquele momento histórico.

Noutro plano, aqui também envolvendo a liberdade artística, merece referência o critério da assim chamada "*Schmähkritik*", dito de outro modo, a proscrição – por ilícita – de manifestações (independentemente do meio de sua

---

[249] Nesse sentido, a liberdade de expressão protege também o assim chamado discurso de ódio. Entretanto, a proteção a tais discursos tem seus limites nas normas constitucionais e penais. Para um maior estudo sobre o tema *vide:* HONG, Mathias. Hate Speech im Internet. In: ALBERS, Marion; KATSIVELAS, Ioannis (orgs.). *Recht & Netz*, Baden-Baden: Nomos, 2018, p.59 ss.

[250] BverfGE - 1 BvR 673/18.

veiculação) que não mais possam ser compreendidas como tendo um conteúdo crítico, mas sim, tem por objetivo a mera humilhação, achincalhamento, ofensa.

Entre outros, o caso possivelmente mais importante decidido pelo TCF, em 1987, foi o caso dos "porcos copulando" (*kopulierende Schweine*), que dizia respeito a uma ação movida pelo ex-Ministro-Presidente da Baviera, Hans-Josef Strauss, contestando a legitimidade jurídica de uma charge na qual era retratado como sendo um porco copulando com os Juízes da instância ordinária (igualmente representados como porcos) que lhe haviam dado ganho de causa em ação judicial anterior contra o autor da charge. De acordo com o TCF – que acabou por confirmar a sentença criminal condenatória - a crítica política legítima não pode depreciar alguém por meio de uma linguagem ultrajante e, além disso, a mesma deve estar relacionada diretamente ao espectro político, e não pessoal. Por isso, a imagem violou a dignidade humana de Strauss, na medida em que houve o objetivo de desvalorizá-lo enquanto indivíduo[251].

Foi também na esfera da jurisprudência do TCF sobre liberdade de expressão que vieram a ser desenvolvidas categorias relevantíssimas e de ampla repercussão e recepção em e por outros Estados constitucionais.

Uma das decisões principais, sempre recordadas, é a proferida no famoso caso "Lüth", onde se desenvolveu a ideia de uma dupla dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e a assim chamada doutrina da eficácia indireta (*mittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas[252].

No caso em pauta, um cidadão alemão (Lüth) propôs e pregou boicote geral a um filme do cineasta Veit Harlan, tendo em conta que este havia dirigido filmes identificados com o nazismo, e mesmo de conteúdo antissemita, em especial a película intitulada *Jud Süss.* Os advogados de Harlan invocaram disposições do Código Civil e conseguiram decisões judiciais contrárias ao movimento que Lüth estava encabeçando.

---

[251] BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista Direito Público*, n.15 – Jan-Fev-Mar/2007, p.126 ss.

[252] BVerfGE 7, 198 - *Lüth-Urteil.*

Estava em jogo, para ambos os lados, e mais especialmente para Lüth, o direito de expressar opinião própria. De um lado, Lüth, no exercício do direito de expressão; de outro, Harlan, na defesa de seu direito de expressão artística e de exploração econômica de sua obra de arte. De acordo com o TCF, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica que as instâncias judiciais ordinárias, quando da decisão de casos concretos, levem em conta na interpretação, fundamentação e definição do resultado, os parâmetros materiais postos pelos direitos fundamentais em causa, que, ademais de vincularem diretamente o legislador e o poder judiciário, possuem um efeito irradiante, que permeia toda a ordem jurídica, inclusive as relações entre particulares, mediante uma eficácia indireta. Nesse sentido, o TCF acabou dando razão a Lüth, sob o argumento de que o art. 826 [253] do Código Civil (*BGB*) deve ser interpretado à luz dos direitos fundamentais. Por isso, *in casu*, não houve o dano causado em virtude da alegada (por Harlan) ofensa à cláusula dos bons costumes, pois Lüth exerceu o seu direito fundamental à liberdade de expressão, liberdade essa oponível tanto em relação ao Estado como – de forma indireta – relativamente a outros particulares[254].

Já as liberdades científica, de pesquisa e de ensino foram asseguradas sem previsão de expressa reserva legal, apenas condicionadas a um dever de lealdade para com a ordem constitucional[255]. Segundo o TCF, o conceito de ciência disposto nesse artigo se refere a toda a atividade que - de acordo com o seu conteúdo e forma – deva ser considerada como uma tentativa séria e planejada de buscar a verdade[256]. Desse modo, todas as pessoas e instituições que participam do processo científico recebem a proteção da Lei Fundamental: pesquisadores ou futuros pesquisadores, as pessoas jurídicas que concedem bolsas de estudos, universidades e instituições[257].

---

[253] *BGB* - Artigo 826: "Quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano".

[254] BVerfGE 7, 198 – *Lüth Urteil.*

[255] Nesse sentido, para um maior aprofundamento sobre o tema, *vide:* WÜRTENBERGER, Thomas; TANNEBERGER, Steffen. Biosicherheit und Forschungsfreiheit.Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. In: *Ordnung der Wissenschaft*, n. 1, 2014, p.1-10. Disponível em: https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0301-20190211-143026-0-7.

[256] BVerfGE 35, 79 - *Hochschul-Urteil.*

[257] DEUTSCHER BUNDESTAG. *Die Wissenschaftsfreiheit im Grundgesetz und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 2010. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/420386/07891.pdf-data.pdf. Acesso em 10 jan. 2021.

Sobre a liberdade artística e seus limites, em especial quando em causa direitos de personalidade e, ademais disso, a sua repercussão *post mortem*, um julgado digno de nota pela sua repercussão – versando sobre os limites da liberdade de expressão artística - é o assim chamado caso *Mephisto*, onde se reconheceu a projeção *post mortem* dos direitos de personalidade do ator e diretor de teatro Gustaf Gründgens, por ocasião da disputa judicial promovida por seus herdeiros. Em apertada síntese, o que estava em pauta era o pedido de interdição da divulgação de obra da autoria de Klaus Mann, intitulada *Mephisto.* No livro, Gründens, pai dos autores da ação, foi retratado como um oportunista que colocou os seus serviços como diretor de teatro à disposição do regime nacional-socialista, obtendo um claro benefício com tal ato. Note-se que na obra de Klaus Mann não se fez referência direta a Gründgens, mas a sua identidade, segundo os demandantes, era claramente identificável.

De acordo com o TCF, que deu ganho de causa ao filho adotivo, único herdeiro – seguindo o entendimento dos tribunais cíveis - o personagem do livro, Hendrik Höfgen, era demasiado parecido com a pessoa na qual foi inspirada a história e, nesse sentido, quanto mais a narrativa artística atinge o âmbito de proteção do direito da personalidade, maior deve ser o nível de ficção da história. No caso em análise, como se tratava de uma pessoa pública conhecida, um grande círculo de pessoas associava diretamente a história do livro à vida de Gründgens[258].

A LF, no artigo 8º, §1º, trata da liberdade de reunião (*Versammlungsfreiheit*) dispondo que "*todos os alemães terão o direito de se reunir, pacificamente e desarmados, sem necessidade de notificação ou permissão prévias*"[259]. Tal liberdade fundamental, encontra-se submetida à reserva legal expressa prevista no artigo 8º, §2º, estabelecendo que, *no caso de reuniões ao ar livre, o direito poderá ser restringido por lei ou com base em uma lei*[260].

---

[258] BVerfGE 30, 173 – *Mephisto.*

[259] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 8 – "(1) *Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln*".

[260] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 8 – "*(2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden*".

Da vasta jurisprudência do TCF sobre o tema, calha referir, dentre tantas, a decisão de 1985 conhecida como *Brokdorf*, que versou sobre uma ordem geral do conselheiro distrital de Steinburg feita em 1981, que, além de exigir previa notificação à autoridade pública, proibiu que as futuras manifestações fossem dirigidas contra a usina nuclear que estava para ser construída. Com esse ato normativo frustrou-se a grande manifestação que estava para acontecer no dia 28 de fevereiro de 1981. Depois dos recursos aos tribunais administrativos, somente em 1985 o TCF julgou o caso, declarando inconstitucionais o ato da administração pública, pois a dissolução ou a proibição só podem ocorrer para a proteção de interesses jurídicos equivalentes ao direito fundamental da liberdade de reunião e apenas em caso de uma ameaça direta a esses direitos, devendo ser derivada de circunstâncias objetivas[261].

Durante a assim denominada "Pandemia de Covid-19", o TCF também se pronunciou sobre a liberdade de reunião. Entre outras, cabe citar duas decisões proferidas no mês de abril de 2020[262], nas quais o TCF garantiu o direito à manifestação. Embora não tenha analisado a constitucionalidade dos regulamentos estaduais, *in casu*, o Tribunal afirmou que houve certa omissão da autoridade pública, ao não considerar soluções mais brandas do que a proibição total da reunião e manifestação[263].

Outra Liberdade fundamental consagrada na LF consiste no direito de todos os alemães de fundarem associações e sociedades (artigo 9, §1º)[264]. A teor do artigo 9, §2º, contudo, "serão proibidas as associações cujos fins ou atividades forem contrários às leis penais ou que se orientem contra a ordem constitucional ou contra o princípio do entendimento entre os povos[265]". Além disso, na terceira secção do artigo 9, a LF assegura o direito de todos e relativamente a todas as

---

[261] BverfGE 69, 315 – *Brokdorf.*
[262] DEUTSCHER BUNDESTAG. *Versammlungsfreiheit unter den Bedingungen der Corona-Pandemie Einschränkungen aus Infektionsschutzgründen*. 2020. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/817530/7fb241c69a6ab384bed15e885367c656/WD-3-259-20-pdf-data.pdf.
[263] BVerfGE 1 BvR 828/20; BVerfGE 1 BvQ 37/20.
[264] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 9 – *"(1) Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden".*
[265] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 9 – "(2) *Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richten, sind verboten".*

profissões, de formar associações com a finalidade de salvaguardar e promover condições de trabalho e econômicas. No mesmo preceito está também previsto que acordos que tenham por objeto a limitação ou que prejudiquem tal direito são nulos e ilícitas as medidas tomadas nesse sentido[266].

Entretanto, nessa seara, o TCF possui o entendimento de que são proibidas as associações que possuem propósitos ou atividades que violem a ordem constitucional ou penal. Nesse sentido, cabe citar a proibição de três associações que tiveram suas atividades suspensas i) pelo apoio indireto a uma organização terrorista por meio de envio de doações[267]; ii) pelo encorajamento a extremistas contra a ordem constitucional por meio da revista da associação[268] ou iii) pelo simples apoio a práticas que estejam tipificadas no código penal.

A liberdade de circulação (liberdade de movimentação ou de ir e vir, como também é chamada) foi reconhecida pela LF no seu artigo 11º, que, na sua primeira secção, enuncia que todos os alemães gozam de liberdade de circulação em todo o território federal [269]. Na sequência, a LF estabeleceu uma reserva legal qualificada, no sentido de que a liberdade de circulação somente pode ser limitada por lei ou com base numa lei e apenas para os casos nos quais se verifique a inexistência de suficientes condições de vida e que resultem encargos particularmente elevados para a coletividade, ou quando seja necessário para a proteção em face de ameaças dirigidas contra a identidade e a ordem livre e democrática da União ou de um estado, mas também para a garantia da saúde pública (pandemias/epidemias), catástrofes naturais ou acidentes particularmente gravosos, ademais da proteção da juventude ou prevenção de ações criminosas[270].

---

[266] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 9 - *"(3) Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig (...)".*

[267] BVerfGE 149, 160 – *Vereinsverbote.*

[268] BVerfGE 1 BvR 1474/12.

[269] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 11 – *"(1) Alle Deutschen genießen Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet".*

[270] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 11 – *"(2) Dieses Recht darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes und nur für die Fälle eingeschränkt werden, in denen eine ausreichende Lebensgrundlage nicht vorhanden ist und der Allgemeinheit daraus besondere Lasten entstehen würden oder in denen es zur Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes, zur Bekämpfung von*

O tema da livre circulação de pessoas foi objeto de decisões de grande importância do TCF, despontando, pelo seu significado para a dogmática dos direitos fundamentais e a definição do âmbito de proteção de tal liberdade, o julgamento, em 16.1.57, de uma reclamação constitucional por intermédio da qual o interessado questionava a negativa de requerimento seu para prorrogação da validade de passaporte. Trata-se do famoso Caso *Elfes*[271]. O interessado, W. Elfes, havia liderado um grupo político que criticava ostensivamente a reaproximação da Alemanha Ocidental com a Alemanha Oriental. Elfes criticava a política de reunificação que fora, desde o fim da guerra, defendida pelas autoridades da República Federal da Alemanha. Por conta dessa ligação de Elfes com esse grupo político (*União dos Alemães*) houve negativa a pedido de prorrogação de validade de passaporte. Ao que consta, Elfes viajava recorrentemente e, do exterior, pregava contra a reunificação das duas Alemanhas[272].

A negativa decorria do fato de que havia legislação que vedava autorização para entrega ou renovação de passaporte para todos que representassem uma séria ameaça à segurança da República Federal ou de alguma unidade federada da Alemanha. O TCF[273] sustentou a decisão administrativa que foi questionada por meio de reclamação constitucional, afirmando que havia possibilidades de se fixarem limites à liberdade de locomoção. Entendeu-se que a liberdade de locomoção não significaria, necessariamente, a prerrogativa absoluta de se deixar o país[274].

Durante a pandemia do novo Coronavírus, em 07 de abril de 2020, o TCF julgou o mérito do pedido liminar em uma reclamação constitucional de um

---

Seuchengefahr, Naturkatastrophen oder besonders schweren Unglücksfällen, zum Schutze der Jugend vor Verwahrlosung oder um strafbaren Handlungen vorzubeugen, erforderlich ist"

[271] BVerfGE 6, 32 - *Elfes.*

[272] Cf. SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*, op. cit., p. 190.

[273] MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016.

[274] Nesse sentido, *vide*, para uma maior discussão entre o conteúdo de proteção do direito fundamental à liberdade e a sua regulação, ERICHSEN, H.U. Allgemeine Handlungsfreiheit. In: ISENSEE, Joseph; KIRCHOF, Paul (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VI, Heidelberg: C.F.Müller, 1989, p.47. Para uma análise completa do caso *Elfes, vide:* LENZ, Stefan. Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957. In: *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, n.2, 2016, p.149-176.

cidadão alemão que requeria o direito de poder sair e entrar no Estado da Baviera para visitar familiares e amigos, ações essas que eram proibidas pelo governo afim de evitar a disseminação do vírus *Sars-Cov2*. O TCF rejeitou tal pedido, alegando que, embora a liberdade pessoal tenha um grande peso no sistema constitucional, no caso concreto, em comparação com os perigos à vida e à integridade física, tal restrição é plausível no contexto em que o contato humano atua como principal vetor de disseminação do vírus[275].

Muito embora a LF não tenha reconhecido um direito fundamental ao trabalho, na condição de típico direito social, foi consagrada a liberdade profissional, abarcando, a teor do artigo 12, §1º, as liberdades de escolha da profissão, do local de trabalho e da formação profissional[276], ademais da proibição de trabalhos forçados, nos termos do disposto no artigo 12, §2º, no sentido de que "*ninguém poderá ser obrigado a um trabalho determinado, salvo no âmbito do dever de prestação de serviço comunitário, tradicional, geral e igual para todos*[277]*"*. Além disso, a LF, no artigo 12, §3º, estabeleceu expressa reserva de jurisdição, estabelecendo que "*o trabalho forçado só é admissível no caso de privação de liberdade imposta por decisão judicial."*[278]

Assim como nos demais casos, a liberdade profissional foi objeto de importantes decisões do TCF, das quais se pode destacar a assim conhecida decisão das farmácias - *Apothekenurteil*[279], de 1958. Nesse julgado, o TCF julgou inconstitucional a Lei do Estado da Baviera que exigia uma permissão específica da administração pública para a abertura de novas farmácias no Estado. Embora o Tribunal não tenha decidido como tal matéria deveria ser regulamentada, afirmou que a lei era inconstitucional, pois eram infundados os argumentos do legislador de que a abertura de farmácias geraria, por causa do número maior de

---

[275] BverfGE - 1 BvR 755/20.

[276] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 12 – "*(1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden*".

[277] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 12 – "(2) *Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht*".

[278] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 12 – "(3) *Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig*".

[279] BVerfGE 7, 377 – *Apotheken-Urteil.*

concorrentes, i) queda na capacidade financeira e ii) uma maior procura por medicamentos. Assim, tal restrição mostrou-se incompatível com a liberdade de exercício profissional.

Além dessa decisão, cabe citar a decisão conhecida como *Kassenarzt-Urteil*[280], na qual o TCF julgou inconstitucional a lei federal que regulava o processo de admissão de dentistas das assim denominadas caixas de assistência, mas que atingia a liberdade de exercício profissional. Tal como o julgamento anterior, o argumento do legislador se baseava na perspectiva de que poderia haver uma grande concorrência e, por isso, haveria redução de rendimentos por parte da categoria profissional. Entretanto, o TCF, por meio de cálculos próprios, afirmou que tal fundamento não era válido, pois seriam necessários um número ainda considerável de profissionais para que houvesse uma possível redução de seus rendimentos. Com fundamento nesse cálculo, o Tribunal afirmou que tal limitação era incompatível com a liberdade profissional[281].

Um caso paradigmático, que também envolveu a liberdade profissional, é o da assim chamada decisão *numerus clausus*, no âmbito da qual o TCF analisou pedido de acesso a uma vaga no ensino superior de medicina, na condição de um direito a prestações estatais, com base no argumento de que a liberdade de escolha da profissão e local de formação implicaria a disponibilização correspondente de vaga nos correspondentes cursos universitários, independentemente da existência de um limite de vagas. Na situação em concreto, o reclamante havia superado a fase do ensino médio, mas não fora admitido – em função de suas notas – na faculdade de medicina[282].

O TCF, contudo, não deu guarida ao pleito, argumentando que não existe um direito ilimitado de acesso ao ensino superior, mas sim, o de concorrer em condições de igualdade e disputar as vagas disponibilizadas. O elemento mais relevante da decisão diz respeito ao argumento esgrimido pelo TCF, no sentido da

---

[280] BVerfGE 11, 30 - *Kassenarzt-Urteil.*

[281] MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v.1, n.8, jan.2000. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/1063/1047. Acesso em 10 out. 2020.

[282] Cf. BVerfGE 33, 303 – *Numerus Clausus.*

necessidade de se respeitar os limites da reserva do financeiramente possível (ou seja, da capacidade prestacional do Estado) e de que o indivíduo não tem o direito de exigir do poder público algo manifestamente desarrazoado[283].

Note-se, ainda, que a decisão *numerus clausus* e a figura de uma reserva do possível foram amplamente discutidas e recepcionadas, com maior ou menos ajuste, por um número expressivo de ordens jurídicas, incluindo o Brasil, onde até hoje consta da pauta quase diuturna do STF e da doutrina, especialmente, mas não só, na seara dos direitos sociais, aspecto quem, contudo, não será aqui desenvolvido.

O artigo 12a, LF, estabelece o dever de prestação do serviço militar ou serviço civil alternativo, determinando que homens podem ser, a partir dos 18 anos completos, ser obrigados a servir nas forças armadas, na proteção das fronteiras federais ou em uma agremiação dedicada à proteção civil[284]. Além disso, dentre outros aspectos regulados pelo artigo 12a, a LF dispõe – artigo 12a, §2º – que aquele que se recusar a prestar o serviço militar em tempos de guerra e com o uso de armas por razões de consciência, pode ser obrigado à prestação de um serviço substitutivo, cuja duração não poderá, contudo, superar o tempo previsto para o serviço militar, o que deverá ser regulado por lei que não poderá afetar as decisões com base na consciência e assegurar a possibilidade de serviço substitutivo que não guarde relação com as agremiações militares e do serviço de proteção das fronteiras da federação[285].

Outro conjunto de preceitos da LF assegurando direitos fundamentais diz respeito à família, casamento, filhos, maternidade (artigo 6º) e à educação (artigo 7º). No artigo 6º, §1º, está disposto que o casamento e a família estão sob

[283] Ibidem.

[284] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 12a – *"(1) Männer können vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden"*.

[285] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 12a – *"(2) Wer aus Gewissensgründen den Kriegsdienst mit der Waffe verweigert, kann zu einem Ersatzdienst verpflichtet werden. Die Dauer des Ersatzdienstes darf die Dauer des Wehrdienstes nicht übersteigen. Das Nähere regelt ein Gesetz, das die Freiheit der Gewissensentscheidung nicht beeinträchtigen darf und auch eine Möglichkeit des Ersatzdienstes vorsehen muß, die in keinem Zusammenhang mit den Verbänden der Streitkräfte und des Bundesgrenzschutzes steht"*.

proteção especial da ordem estatal[286]. Na sequência, artigo 6º, §2º, encontra-se prescrito que a assistência aos filhos e sua educação são o direito natural dos pais e a sua obrigação primordial, cabendo à comunidade estatal zelar pelo seu cumprimento[287]. Regra protetiva especial com tida no artigo 6º, 3, dispõe que contrariamente à vontade dos responsáveis, as crianças somente poderão ser separadas da família com base em uma lei, isso no caso de os responsáveis não cumprirem com suas obrigações ou quando as crianças corram o risco de abandono por outras razões[288]. Já no artigo 6º, 4, a LF dispõe que cada mãe tem uma pretensão à proteção e cuidados por parte da comunidade[289], preceito que tem sido por muitos considerado uma espécie de direito social a prestações estatais, todavia isolada no catálogo de direitos fundamentais da LF[290]. Por derradeiro, no artigo 6º, 5, está prevista que, mediante legislação, aos filhos havidos fora do casamento devem ser asseguradas condições para o seu desenvolvimento físico e espiritual, assim como sua posição na sociedade, que à atribuída aos filhos havidos do casamento[291].

Sobre o dever de proteção dos pais, no que diz com a jurisprudência do TCF, calha referir, em caráter ilustrativo, decisão que tratou sobre a responsabilidade parental. Nessa reclamação constitucional foi discutido se é constitucional o uso de meios coercitivos contra um pai que se recusa a ter contato com o seu filho. Embora o TCF tenha afirmado, no caso, que a coerção não atenderia os melhores interesses da criança, o mesmo deixou em aberto a possibilidade de coerção em

[286] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 6 – *"(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung".*

[287] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 6 – *"(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft".*

[288] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 6 – *"(3) Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen".*

[289] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 6 – *"(4) Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft".*

[290] V. por todos v. AUBEL, Tobias. *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Leistungsgrundrechte am Beispiel des Art. 6 Abs. 4 GG*, Berlim: Duncker e Humblot, 2003.

[291] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 6 – *"(5) Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern".*

casos individuais nos quais o contato físico forçado com o progenitor servirá aos melhores interesses da criança. É importante citar que, nesse julgamento, o TCF assentou que é dever dos pais - e não somente do Estado – respeitar a dignidade da criança e a possibilitar o desenvolvimento de sua personalidade na comunidade social[292].

Em outro caso de relevo, o TCF decidiu sobre a constitucionalidade de uma lei que reconhecia para as uniões homoafetivas (*Eingetragene Lebenspartnerschaft*) alguns dos direitos assegurados pela lei do matrimônio civil entre homens e mulheres[293]. Criticou-se essa lei, no sentido de que estaria abalando valores familiares tradicionais. Os *Länder* da Baviária e da Saxônia questionaram essa nova forma junto ao TCF. A Corte conheceu, mas não deu provimento à reclamação, fundamentando que essa nova lei não projetaria efeitos contrários ao casamento convencional e tradicional entre homens e mulheres, além do que, a determinação constitucional para que o legislador proteja e reforce o casamento entre homens e mulheres como uma instituição não proíbe que se conceda às uniões homoafetivas a mesma proteção que deva ser dada aos matrimônios tradicionais.

No tocante à educação e ao sistema de ensino, a LF não garante um direito à educação na condição de direito social a prestações do poder público, mas prevê (artigo 7, §1º) que todo o sistema escolar se encontra sob a supervisão do Estado[294]. O ensino religioso, por sua vez, assume particular destaque nesse contexto, assegurando-se aos pais ou responsáveis legais o direito de decidirem sobre a participação de seus filhos no ensino religioso[295]. No artigo 7, §3º, a LF estabelece que o ensino religioso é, nas escolas públicas e à exceção das escolas não confessionais, parte integrante da grade curricular ordinária. Além disso – de acordo com o mesmo dispositivo - sem prejuízo do direito de supervisão do Estado, o ensino religioso é ministrado em conformidade com os princípios das

---

[292] BVerfGE 121, 69 - *Elterliche Erziehungspflicht.*

[293] BVerfGE 105, 313- *Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft.*

[294] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 7 – *"(1) Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates".*

[295] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 7 - *"(2) Die Erziehungsberechtigten haben das Recht, über die Teilnahme des Kindes am Religionsunterricht zu bestimmen".*

comunidades religiosas, não podendo os professores serem obrigados a ministrar ensino religioso contrariamente à sua vontade[296].

A despeito do acesso universal ao ensino público, a LF (artigo 7, §4º) assegura o direito de criação de escolas privadas, as quais, na condição de substitutivas de escolas públicas, dependem de autorização do Estado e encontram-se submetidas à legislação estadual. Além disso, o artigo 7, §4º, prevê que uma tal autorização é de ser concedida quando as escolas privadas não ficam aquém das públicas no que diz respeito aos seus objetivos em termos de ensino, instalações, bem como quanto ao nível da formação científica dos professores, ademais de não ser fomentada uma posição diferenciada dos estudantes no tocante às condições econômicas dos pais; a autorização deve ser negada, contudo, quando a posição jurídica e econômica do corpo docente não for suficientemente assegurada.[297]

O artigo 7, §5º, por sua vez, admite a autorização para a criação de escolas populares (*Volksschulen)* privadas, ou seja, escolas de formação básica, todavia apenas quando a administração escolar verificar a presença de um especial interesse pedagógico ou, mediante requerimento dos responsáveis legais, quando tal escola deva assumir a condição de escola comunitária, confessional ou comprometida com determinada visão do Mundo, inexistindo na comunidade uma escola pública dessa natureza[298]. Por fim, a teor do artigo 7, §6º, pré-escolas

---

[296] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 7 – *"(3) Der Religionsunterricht ist in den öffentlichen Schulen mit Ausnahme der bekenntnisfreien Schulen ordentliches Lehrfach. Unbeschadet des staatlichen Aufsichtsrechtes wird der Religionsunterricht in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Religionsgemeinschaften erteilt. Kein Lehrer darf gegen seinen Willen verpflichtet werden, Religionsunterricht zu erteilen".*

[297] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 7 – *"(4) Das Recht zur Errichtung von privaten Schulen wird gewährleistet. Private Schulen als Ersatz für öffentliche Schulen bedürfen der Genehmigung des Staates und unterstehen den Landesgesetzen. Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn die privaten Schulen in ihren Lehrzielen und Einrichtungen sowie in der wissenschaftlichen Ausbildung ihrer Lehrkräfte nicht hinter den öffentlichen Schulen zurückstehen und eine Sonderung der Schüler nach den Besitzverhältnissen der Eltern nicht gefördert wird. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die wirtschaftliche und rechtliche Stellung der Lehrkräfte nicht genügend gesichert ist".*

[298] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 7 – *"(5) Eine private Volksschule ist nur zuzulassen, wenn die Unterrichtsverwaltung ein besonderes pädagogisches Interesse anerkennt oder, auf Antrag von Erziehungsberechtigten, wenn sie als Gemeinschaftsschule, als Bekenntnis- oder Weltanschauungsschule errichtet werden soll und eine öffentliche Volksschule dieser Art in der Gemeinde nicht besteht".*

seguem suspensas[299]. As *Volksschulen* desempenham um importante papel no sistema educacional alemão, podendo-se afirmar que há um dever constitucional em garantir a adequada formação de todos os cidadãos alemães em sua formação continuada. Afinal, como já afirmou o TCF em 1987[300], à luz das mudanças técnicas e sociais, a aprendizagem ao longo da vida é indispensável para a auto-afirmação individual e adaptabilidade social.

De particular relevância para um Estado de Direito e a proteção de esferas sensíveis da vida privada, os direitos ao sigilo das cartas pessoais, da correspondência e das telecomunicações foram contemplados no artigo 10, LF, ao passo que a inviolabilidade do domicílio está assegurada no artigo 13.

No que concerne aos direitos assegurados no artigo 10, a LF enuncia que o sigilo das cartas, bem como o da correspondência e das telecomunicações é inviolável[301]. Na sequência, artigo 10, §2º, a LF estabeleceu uma reserva legal qualificada, prescrevendo que eventuais restrições somente podem ser determinadas com base em uma lei. Além disso, as restrições que tiverem por escopo a proteção da ordem livre e democrática ou da integridade e segurança da União ou dos estados, a lei poderá prever que o destinatário da restrição não seja dela previamente notificado e que, em substituição ao procedimento ordinário judicial, a fiscalização seja realizada por órgãos principais e auxiliares indicados pela representação popular[302].

A inviolabilidade do domicílio, outro direito fundamental de alta relevância e incorporado a todos os tratados internacionais de direitos humanos de caráter geral (Pacto de Direitos Civis e Políticos, Convenção Europeia, Convenção Americana, Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, etc.) e contemplado já precocemente nos catálogos constitucionais de direitos, está assegurada no

---

[299] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 7 – *"(6) Vorschulen bleiben aufgehoben".*

[300] BVerfGE 77, 308 - *Arbeitnehmerweiterbildung*

[301] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artgo 10 – "*(1) Das Briefgeheimnis sowie das Post- und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich".*

[302] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 10 – "(2) Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtsweges die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt".

artigo 13, §1º, LF,[303] prevendo-se, contudo, a possibilidade de restrições em diversas circunstâncias e de diversas maneiras. Complementa-se a regra determinando-se que "*Buscas só podem ser ordenadas pelo juiz e, caso a demora implique em perigo, também pelos demais órgãos previstos na legislação e somente na forma nela estipulada*"[304].

Ainda no tocante ao regime jurídico-constitucional das restrições à inviolabilidade do domicílio, houve, ao longo do tempo, a inserção de diversos aperfeiçoamento, em especial para dar conta dos avanços tecnológicos e a necessidade tanto de não inviabilizar o combate às violações de direitos e mesmo atentados contra a segurança pública e estatal, quanto para a proteção dos direitos fundamentais daqueles afetados por tais medidas. Nessa senda, o nº 3 do artigo 10, incorporado mediante emenda constitucional de 23.03.1998, dispõe que nos casos em que fatos específicos deem suporte à suspeita de que alguém tenha cometido infração penal particularmente grave assim definida por lei, é facultada, para efeitos da investigação e persecução penal respectiva, sempre com base em decisão judicial, a utilização de meios técnicos para a vigilância acústica de residências nas quais o acusado se encontre presumivelmente. Tais medidas, contudo, ainda de acordo com o artigo 10, §3º, LF, somente poderão ser determinadas e levadas a efeito quando a investigação dos fatos por outro meio seja desproporcionalmente dificultada ou mesmo ineficaz, devendo, em todos os casos, ocorrer a limitação temporal das medidas, que, ademais, devem ser determinadas por órgão judicial colegiado formado por três Juízes, admitida, quando presente um risco e/ou ameaça pela demora, uma decisão por parte de um Juiz singular.[305]

---

[303] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – "*(1) Die Wohnung ist unverletzlich*".

[304] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – "*(2). Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden*".

[305] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – "*(3) Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung technische Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre. Die Maßnahme ist zu befristen. Die Anordnung erfolgt durch einen mit drei Richtern besetztenSpruchkörper. Bei Gefahr im Verzuge kann sie auch durch einen einzelnen Richter getroffen werden*".

No artigo 13, §4º, por sua vez, a LF autoriza sejam utilizados meios técnicos para a vigilância de moradias nos casos de ameaças urgentes para a segurança pública, em especial nos casos de ameaças comuns ou quando em risco a vida, o que, contudo, depende de autorização judicial; assim como na hipótese do artigo 13, §3º, em ocorrendo um risco pela demora, as medidas podem ser determinadas por outra autoridade prevista em lei, indispensável, todavia, a imediata obtenção da ratificação judicial[306].

A teor do artigo 13, §5º, LF, no caso de os meios técnicos serem destinados exclusivamente para a proteção das pessoas que se encontram nas moradias, quando de uma ação da autoridade pública, a medida pode ser determinada por um órgão para tal autorizado pela lei; uma utilização e valoração dos resultados obtidos por ocasião do cumprimento das medidas somente é admitida para fins de persecução penal ou em caso de perigo, mas apenas quando a juridicidade da medida tiver sido aferida judicialmente, sendo que, em caso de presente o perigo pela demora, necessária a imediata obtenção da autorização judicial[307].

Tendo em conta os níveis de restrição imposta à inviolabilidade do domicílio, a LF, no artigo 13, §6º, prevê que o Governo Federal deve informar e explicar anualmente ao Parlamento (no caso, o *Bundestag*) sobre a utilização dos meios tecnológicos no âmbito da competência da União, de acordo com o estabelecido no artigo 13, §3º e §4º e, à medida em que necessária a aprovação judicial, das medidas fundadas no artigo 13, §5º. Com base em al relatório do Governo Federal, um colegiado eleito pelo *Bundestag* exerce o controle parlamentar sobre as medidas tomadas, cabendo aos estados exercer um controle

---

[306] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – *"(4) Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen".*

[307] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – *"(5) Sind technische Mittel ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen, kann die Maßnahme durch eine gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden. Eine anderweitige Verwertung der hierbei erlangten Erkenntnisse ist nur zum Zwecke der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr und nur zulässig, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt ist; bei Gefahr im Verzuge ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen".*

parlamentar equivalente na esfera das suas competências[308].

Por fim, de acordo com o artigo 13, §7º, intervenções e restrições podem, de resto, serem realizadas apenas para a defesa em face de um perigo comum ou de um risco de vida para pessoas individualmente consideradas; nos termos da lei, os meios tecnológicos poderão ser usados no caso de prevenção relativamente a perigo iminente para a segurança e ordem públicas, em especial para a eliminação da falta de espaço, para o combate de riscos relativos a epidemias (e pandemias), ou proteção de jovens em perigo[309].

Esse tema foi discutido no TCF em virtude de uma reclamação contra emenda constitucional que permitia que o Parlamento promulgasse lei ampliando as restrições ao direito de inviolabilidade do domicílio[310]. O Parlamento, ao reformar o Código de Processo Penal, permitiu que as autoridades policiais espionassem residências particulares, em algumas condições. O TCF decidiu pela constitucionalidade da emenda, ainda que tenha julgado pela inconstitucionalidade de modificações do Código de Processo Penal, especialmente no que consistia na previsão que permitia a gravação de conversas privadas, quando não se verificava relação com os fatos averiguados[311].

A propriedade e o direito de herança também foram objeto de reconhecimento e proteção, na condição de direitos fundamentais, designadamente no artigo 14, §1º, LF, onde também está prevista uma expressa reserva legal, no sentido de que o conteúdo e os limites desses direitos são

---

[308] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 13 – *"(6) Die Bundesregierung unterrichtet den Bundestag jährlich über den nach Absatz 3 sowie über den im Zuständigkeitsbereich des Bundes nach Absatz 4 und, soweit richterlich überprüfungsbedürftig, nach Absatz 5 erfolgten Einsatz technischer Mittel. Ein vom Bundestag gewähltes Gremium übt auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle aus. Die Länder gewährleisten eine gleichwertige parlamentarische Kontrolle".*

[309] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 13 – *"(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden".*

[310] BVerfGE 109, 279 - *Groser Lauschangriff. Vide,* também, SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., pp. 688 e ss.

[311] Cf. HAVERKAMP, Rita. Die akustische Wohnraumüberwachung – ein unzulässiger Eingriff in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung?. *Juristische Ausbildung*, vol. 32, jun./2010. Disponível em: https://doi.org/10.1515/jura.2010.492.

determinados pela legislação[312]. No artigo 14, §2º, por sua vez, encontra-se a conhecida e multicitada fórmula de que a propriedade obriga e o seu uso deve servir ao mesmo tempo ao bem-estar da coletividade[313]. Já no artigo 14, §3º, a LF dispõe sobre a desapropriação, que é admitida quando em prol do interesse e bem-estar coletivo, podendo ocorrer apenas mediante lei ou com base em uma lei, que regulará a natureza e extensão da indenização, a qual deverá ser determinada mediante justa ponderação dos interesses da coletividade e dos partícipes. Ainda no mesmo dispositivo, resta assentado que no caso de litígio relativamente ao valor da indenização, cabível o manejo de ação perante as instâncias judiciais ordinárias[314].

Embora para o TCF a função social da propriedade seja compreendido como um dever social e tais deveres resultem principalmente da ordem dos direitos fundamentais[315], a jurisprudência enfatiza o entendimento de que a restrição legislativa pode ser proporcional à importância da propriedade num contexto social[316]. Nesse âmbito, cita-se a famosa decisão de 2019 na qual se reconheceu a constitucionalidade da lei federal de 2015 que propôs o assim conhecido "freio no preço dos alugueres". Segundo o Tribunal, tal interferência é legítima, na medida proporcional ao objetivo social que se quer atingir, afinal, os freios nesses preços não resultam em perdas da propriedade ou do lucro por parte do locador, mas garante um justo e adequado aumento do valor, permitindo que indivíduos e suas famílias possam ter a perspectiva de um espaço razoável para viver[317].

---

[312] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 14 – "*(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt*".

[313] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 14 – "*(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*".

[314] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 14 – "*(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen*".

[315] ENGEL, Christoph. Die soziale Funktion des Eigentums. *Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter,* vol. 7, 2002, p.12.

[316] DEUTSCHER BUNDESTAG. *Verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie in Bezug auf das Grundeigentum*. 2019, p. 03. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blog.pdf-data.pdf.

[317] BVerfGE - 1 BvR 1595/18.

No artigo 15, a LF trata da terra, das riquezas naturais e dos meios de produção, que poderão ser, para o objetivo da socialização, transformados em propriedade coletiva ou em outras formas de economia coletiva, isto mediante lei que regule a forma e extensão da indenização; para a indenização, aplica-se o disposto no artigo 14, §3º, frase 3 e 4[318].

Na sequência, a LF dispõe sobre a nacionalidade dos alemães, que, a teor do artigo 16, não pode ser cassada, podendo sua perda, de modo contrário à vontade do afetado, ocorrer apenas com base em lei e se o atingido pela medida com isso não se tornar apátrida, isto é, sem nacionalidade alguma[319]. O artigo 16, §2º, por sua vez, cuida da extradição, assegurando que nenhum alemão poderá ser extraditado para o exterior, mas admitindo que, mediante lei, possa ser criada regra em sentido diverso quando se tratar de extradições para um Estado membro da União Europeia ou para efeitos da submissão a um tribunal internacional, desde que, em ambos os casos, atendidas as exigências do Estado de Direito[320].

Sobre o tema, calha rememorar decisão do TCF[321] proferida em 1970, que dizia respeito ao caso de um alemão que fora condenado a seis anos de prisão na Áustria. Entretanto, conforme o relatório da decisão, mesmo após essa condenação, ele foi enviado de volta para a Alemanha com a condição de ser entregue às autoridades austríacas depois que os seus processos criminais pendentes na Alemanha fossem concluídos. Não obstante esse acordo, o cidadão alemão decidiu propor a Reclamação Constitucional, afirmando que a extradição para a Áustria iria contra o art.16, §2º. Segundo o TCF, essa norma constitucional não impede que um alemão possa ser devolvido (*Rücklieferung*) ao exterior após uma extradição anterior.

---

[318] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 15 – "*Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel können zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. Für die Entschädigung gilt Artikel 14 Abs. 3 Satz 3 und 4 entsprechend*"

[319] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 16 – "*(1) Die deutsche Staatsangehörigkeit darf nicht entzogen werden. Der Verlust der Staatsangehörigkeit darf nur auf Grund eines Gesetzes und gegen den Willen des Betroffenen nur dann eintreten, wenn der Betroffene dadurch nicht staatenlos wird*".

[320] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 16 – "*(2) Kein Deutscher darf an das Ausland ausgeliefert werden. Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind*".

[321] BVerfGE 29, 183 - *Rücklieferung*

Tema inicialmente não regulado pela LF, mas que foi ganhando em importância, é o do asilo por razões políticas, que acabou sendo incorporado ao catálogo de direitos fundamentais, mediante lei de alteração da Constituição, em 1993, com a inserção de um artigo 16a, que, no seu primeiro parágrafo, assegura o direito de asilo aos perseguidos políticos[322]. A teor do disposto no artigo 16a, 2, não poderá invocar tal direito àquele que ingressar na Alemanha vindo de um país integrante da União Europeia ou de outro Estado, no qual a aplicação do tratado sobre a condição legal dos refugiados e a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais esteja assegurada; Os Estados situados fora das Comunidades Europeias e aos quais se aplicam os pressuposto da primeira frase (*Satz* 1) do referido dispositivo (16a, §2º), são definidos por lei ratificada pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Nesse caso, poderão ser tomadas medidas no sentido de cassar o direito de asilo independentemente do manejo de remédios jurídicos por parte do interessado afetado[323].

Note-se, ainda nesse contexto, que, de acordo com o artigo 16a, §3º, com base em lei a ser referendada pelo Conselho Federal, poderão ser determinados Estados nos quais, à vista da aplicação do Direito e das circunstâncias políticas gerais, não estejam ocorrendo perseguições politicamente motivados, nem praticadas penas ou tratamentos desumanas e degradantes, presumindo-se, nesses casos, que um estrangeiro oriundo de tais Estados não esteja sendo perseguido por razões políticas enquanto ele não apresentar evidências aptas a demonstrar que a referida presunção não se aplica e que de fato esteja sendo alvo de perseguição política[324].

---

[322] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 16a – *"(1) Politisch Verfolgte genießen Asylrecht".*

[323] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 16a – *"(2) Auf Absatz 1 kann sich nicht berufen, wer aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften oder aus einem anderen Drittstaat einreist, in dem die Anwendung des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sichergestellt ist. Die Staaten außerhalb der Europäischen Gemeinschaften, auf die die Voraussetzungen des Satzes 1 zutreffen, werden durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, bestimmt. In den Fällen des Satzes 1 können aufenthaltsbeendende Maßnahmen unabhängig von einem hiergegen eingelegten Rechtsbehelf vollzogen werden".*

[324] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 16a – *"(3) Durch Gesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Staaten bestimmt werden, bei denen auf Grund der Rechtslage, der Rechtsanwendung und der allgemeinen politischen Verhältnisse gewährleistet erscheint, daß dort weder politische Verfolgung noch unmenschliche oder erniedrigende*

Além disso – consoante prescrito no artigo 16a, §4º - a execução de medidas objetivando o término do asilo poderá, nos casos previstos no parágrafo 3º e em outros casos evidentemente não fundamentados ou como tais considerados, ser revogada judicialmente quando se fizerem presentes dúvidas sérias relativamente à legitimidade jurídica de tais medidas, podendo os parâmetros de controle serem restringidos, assim como desconsideradas razões intempestivamente invocadas, devendo a lei determinar os demais detalhes[325].

Finalmente, como dispõe o artigo 16a, §5º, os parágrafos 1º ao 4º situam-se entre os tratados internacionais firmados pelos Estados que integram as Comunidades Europeias e com outros Estados, àqueles não se opondo, nos casos em que estejam sendo observados o tratado sobre a situação jurídica dos refugiados e a convenção sobre os direitos humanos e liberdades fundamentais, que deverão estar assegurados pelos Estados pactuantes, com a criação de regras de competência para a aferição de pedidos de asilo, incluída do reconhecimento recíproco (entre tais Países) das decisões correspondentes[326].

Importa sublinhar, que a constitucionalidade do artigo 16a, em virtude de sua eventual incompatibilidade com as "cláusulas pétreas" do artigo 79, §3º, LF, foi questionada perante o TCF, o qual, contudo, acabou afastando tal impugnação e reconheceu a legitimidade constitucional da correspondente lei de alteração da Constituição[327]. Na ementa dessa decisão, o TCF afirmou que o direito básico de asilo não integra o conteúdo da garantia do art.1º, §1º, de modo que o Estado

---

Bestrafung oder Behandlung stattfindet. Es wird vermutet, daß ein Ausländer aus einem solchen Staat nicht verfolgt wird, solange er nicht Tatsachen vorträgt, die die Annahme begründen, daß er entgegen dieser Vermutung politisch verfolgt wird".

[325] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 16ª – *"(4) Die Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen wird in den Fällen des Absatzes 3 und in anderen Fällen, die offensichtlich unbegründet sind oder als offensichtlich unbegründet gelten, durch das Gericht nur ausgesetzt, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Maßnahme bestehen; der Prüfungsumfang kann eingeschränkt werden und verspätetes Vorbringen unberücksichtigt bleiben. Das Nähere ist durch Gesetz zu bestimmen".*

[326] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 16a: *"(5) Die Absätze 1 bis 4 stehen völkerrechtlichen Verträgen von Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften untereinander und mit dritten Staaten nicht entgegen, die unter Beachtung der Verpflichtungen aus dem Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, deren Anwendung in den Vertragsstaaten sichergestellt sein muß, Zuständigkeitsregelungen für die Prüfung von Asylbegehren einschließlich der gegenseitigen Anerkennung von Asylentscheidungen treffen".*

[327] BVerfGE 94, 49, p. 209 – *Sichere Drittstaaten.*

Alemão não precisaria garantir a proteção dos direitos fundamentais, porque essa proteção poderia ter sido encontrada em seus países de origem dos requerentes. No que se refere à eventual incompatibilidade em vista da menor proteção ao conteúdo jurídico da dignidade humana pelo art.79, §3º, o TCF afirmou que os princípios não podem ser afetados, mas o legislador tem a prerrogativa de modificar a forma jurídica positiva desses princípios em razão de motivos que sejam apropriados.

No que diz respeito ao asilo político e aos grandes desafios postos pelas crescentes ondas de refugiados – destaque para pessoas oriundas da África, do Afeganistão e da Síria - que têm buscado porto seguro e condições de vida melhores na Europa, cuida-se de problema de imensa repercussão em termos sociais, econômicos, políticos, culturais e jurídicos, levando muitos países europeus e vizinhos (v.g. a Turquia) a criarem novos marcos regulatórios e/ou reformando os já existentes, ademais das consideráveis tensões internas e externas que se tem verificado em maior ou menor nível, como é o caso, entre outras situações, da capitalização política por parte, em especial, dos partidos políticos e governos de direita, ademais do aumento da xenofobia e da intolerância.

No caso da Alemanha, que, em termos comparativos, optou – nos últimos anos e sob a condução da Chanceler Angela Merkel – por uma postura mais receptiva à imigração, as tensões e resistências têm sido igualmente significativas, resultando inclusive numa perda considerável de suporte político e social de tal política. De todo modo, não sendo o caso de aqui desenvolver o ponto, importa, contudo, ressaltar que na perspectiva jurídico-constitucional, não apenas tem aumentado a polêmica sobre o tema, mas também o número de casos submetidos ao Poder Judiciário, inclusive ao TCF[328].

Além disso, de há muito se discutem reformas legislativas, posto que, para além dos casos de asilo político, a LF não dispõe sobre o tema da imigração por outras razões, como as de natureza econômica, estados de conflito armado, entre

[328] Para uma maior discussão sobre o tema vide WOLLENSSCHLÄGER, Michael; SCHRAML, Alexander. Art. 16 a GG, das neue "Grundrecht" auf Asyl?, *JZ*, v.49, p.61-71. Disponível em: http://www.digizeitschriften.de.001107ib0fa0.emedia1.bsb-muenchen.de/download/PPN345574974_0049/PPN345574974_0049___log68.pdf.

outras, mas também a legislação ordinária se revela lacunosa, ademais das questões relacionadas ao devido processo administrativo, os prazos de análise dos pedidos ou das medidas de expulsão/deportação, bem como o problema da integração e suporte econômico e social das pessoas que se encontram em território alemão aguardando a regularização de sua situação[329].

Direitos relevantíssimos para o exercício da cidadania e controle social do poder público, designadamente os direitos de petição e reclamação, encontram-se assegurados pelo artigo 17, LF, o qual dispõe que qualquer pessoa tem o direito de, em caráter individual ou coletivo, de endereçar, na forma escrita, pedidos ou reclamações às instâncias competentes ou à representação popular[330]. Conforme o TCF, a importância dessa norma transcende o direito de petição, já que a norma também se relaciona com os direitos da personalidade. Afinal, as opiniões dispostas por meio de uma petição - que, no caso, se dirigia ao Ministro Federal das Finanças – também se relacionam à proteção constitucional da liberdade de expressão[331].

O artigo 17a, LF, embora se possa sugerir que sua localização no catálogo de direitos não seja muito adequada, dispõe sobre algumas possibilidades de restrição a alguns direitos fundamentais. Nesse sentido, no artigo 17a, §1º, está previsto que as leis que versem sobre o serviço militar e serviço substitutivo, poderão, na pendência de tais serviços, restringir os direitos à liberdade de expressar a opinião mediante uso da palavra, por escrito e por imagem (artigo 5º, §1º), a liberdade de reunião (artigo 8º) e o direito de petição (artigo 17), à medida em que se garante o direito de peticionar ou reclamar de modo coletivo[332].

---

[329] No que se refere à discussão sobre o controle legal de migrantes e refugiados, assim como as tarefas da administração pública na busca pela integração dos mesmos, vide, por todos BERLIT, Uwe-Dietmar. *Grenzen und Möglichkeiten der Steuerung von Fluchtmigration und ihrer Folgen durch Recht*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

[330] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 17 – *"Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden"*.

[331] BVerfGE - 1 BvR 839/90.

[332] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 17a: *"(1) Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, daß für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden"*.

Além disso, o artigo 17a, §2º, estabelece que as leis que tenham por objeto a defesa, incluindo a proteção da população civil, podem impor restrições ao direito à liberdade de circulação (artigo 11) e ao direito à inviolabilidade do domicílio (artigo 13)[333].

Encerrando o primeiro título da LF, dos direitos fundamentais, o artigo 19, além de dispor sobre limites às restrições de direitos fundamentais e a titularidade de direitos fundamentais por pessoas jurídicas, assegura, no seu parágrafo 4º, o – igualmente já referido – direito de proteção judiciária, prescrevendo que no caso de alguém ter seus direitos violados pelo poder público, lhe estará aberto o acesso à justiça, acrescendo que à medida em que não for justificada outra competência, serão acessadas as instâncias judiciais ordinárias[334].

Dentre muitos outros julgados do TCF sobre o tema, é possível citar uma decisão de 2017, na qual a Corte reconheceu a violação do artigo 19, §º4 por parte dos Tribunais de Regensburg e de Nuremberg. Tratou-se de reclamação constitucional de um apenado que fora condenado à prisão perpétua e durante o seu tempo na prisão foi designado para trabalhar na gráfica da instituição. Entretanto, sem um espaço ergonômico, acabou por desenvolver problemas de disco na coluna vertebral. Após constantes queixas ao médico, o apenado pediu a dispensa do trabalho por meio de uma ação judicial. Entretanto, como explicou o apenado na Reclamação Constitucional– argumento esse que foi aceito pelo TCF – os tribunais de primeira e segunda instância não esclareceram a sua decisão e analisaram somente partes dos fatos apresentados pelo reclamante. Segundo o Tribunal Constitucional, tal atitude fere o art.19, §4º, pois a Lei Fundamental garante uma proteção judicial eficaz e completa contra os atos da autoridade pública. Desse modo, haverá a violação dessa norma quando qualquer tribunal desconsiderar completa ou parcialmente o pedido de um cidadão, desconsiderando partes substanciais do pedido apresentado.

---

[333] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 17a: *"(2) Gesetze, die der Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung dienen, können bestimmen, daß die Grundrechte der Freizügigkeit (Artikel 11) und der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13) eingeschränkt werden".*

[334] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 19 – *"(4) Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben".*

No caso dos direitos equivalentes aos direitos fundamentais do título primeiro da LF, designadamente, a dignidade humana e os assegurados nos artigos 20, §4º, 33, 38, 101, 103 e 104, iremos apresentar o respectivo texto constitucional, limitando-nos, quanto a decisões relevantes do TCF, a alguns dos direitos referidos, excluindo-se de todo a dignidade humana visto já ter sido abordada em item próprio, no contexto dos princípios estruturantes.

Inicia-se, portanto, com o artigo 20, §4º, que trata do direito de resistência, dispondo que todos os alemães têm um direito de resistir, no caso de inexistir outra forma de recurso, a todos os que atuarem no sentido da subversão da ordem constitucional democrática e dos princípios estruturantes do artigo 20[335]. Assim, mesmo que estejam violando alguma lei, caso os pré-requisitos do direito de resistência forem preenchidos, tanto a forma de resistência individual, assim como a coletiva, são consideradas pela ordem constitucional[336]

Já em 1956, o direito de resistência foi analisado pelo Tribunal no famoso julgamento conhecido como *KPD-Verbot* - no qual foi declarada a inconstitucionalidade e dissolução do Partido Comunista da Alemanha. Na ação, um dos argumentos do Partido *KPD* estava baseado principalmente no direito de estar contra a ordem governamental do "Regime de Adenauer". No que se refere especificamente ao art. 20, §4º, o TCF afirmou que, tendo em vista o sistema constitucional, o direito de resistência deve ser analisado num sentido conservador, ou seja, como um direito emergencial para proteger e restaurar a ordem jurídica. Além disso, a injustiça combatida deve ser evidente e deve ser utilizada somente quando todos os recursos disponibilizados pela ordem jurídica não forem suficientes para protegê-la[337].

O artigo 33, LF, trata da igualdade de direitos cívicos dos alemães e do serviço público, destacando-se aqui o que dispõe os parágrafos 1º, 2º e 3º, de acordo com os quais todos os alemães têm, em qualquer Estado, os mesmos

---

[335] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 20 - "*(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist*".

[336] Cf. DOLZER, Rudolf. Der Widerstandsfall. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* vol. VII, Heidelberg, C.F. Müller, 1992, § 171.

[337]BVerfGE - *KPD-Verbot*.

direitos e deveres cívicos (33, §1º)[338], que todos os alemães têm o direito de igual acesso a qualquer cargo público, de acordo com sua aptidão, capacidade e desempenho profissional (33, §2º)[339], bem como assegurando que o gozo dos direitos civis e cívicos, a admissão a cargos públicos e os direitos adquiridos no serviço público independe da confissão religiosa, vedando-se, ademais, discriminações em virtude de se professar, ou não, alguma confissão religiosa ou determinada visão de mundo (33, §3º)[340].

No âmbito da jurisprudência do TCF sobre o tema, optamos por relembrar a já referida decisão do TCF, de 2015, conhecida como *Kopftuch.* Nesse julgamento, o Tribunal analisou questão relativa à proibição de uso do véu islâmico por meio de uma reclamação impetrada contra lei do Estado da Vestfália que havia disposto sobre o uso de símbolos religiosos pelos professores. O Artigo 57 (4) dessa lei previa que os professores não utilizassem símbolos religiosos indistintamente. Ao analisar o conteúdo da liberdade religiosa, o TCF decidiu que a neutralidade estatal requerida por esse direito fundamental precisa ser vista num aspecto negativo, não identificando-se com nenhuma denominação religiosa, mas também positivo, permitindo que a liberdade religiosa, *in casu,* fosse respeitada por meio do uso do véu islâmico.

O Tribunal demarcou muito bem que isso não se confunde com o exercício ou identificação pessoal para com uma entidade religiosa e, assim, optou pela inconstitucionalidade da lei, não vislumbramdo na utilização de símbolos religiosos a transgressão à liberdade religiosa negativa dos estudantes, sendo que só se poderia proibir a utilização desses símbolos quando os mesmos atingissem a liberdade religiosa dos alunos e infringissem sua dignidade. Como se tratava de uma professora, ao interpretar o art.33, §2º, LF, o Tribunal foi peremptório ao

---

[338] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 33 – *"(1) Jeder Deutsche hat in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten".*

[339] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 33 – *"(2) Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte".*

[340] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 33 – *"(3) Der Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte, die Zulassung zu öffentlichen Ämtern sowie die im öffentlichen Dienste erworbenen Rechte sind unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Niemandem darf aus seiner Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem Bekenntnisse oder einer Weltanschauung ein Nachteil erwachsen".*

afirmar que nenhum titular de cargo público pode sofrer desvantagem por possuir ou não um credo ou uma ideologia[341].

Já no artigo 38, relativo às eleições, a LF dispõe sobre o direito ao sufrágio, a independência dos representantes eleitos e as condições para eleger e ser eleito. Nesse sentido, de acordo com o artigo 38, §1º, os representantes no Parlamento Federal são escolhidos mediante eleições gerais, diretas, livres, iguais e secretas, além de prescrever que os parlamentares são representantes de todo o povo, não estando vinculados a tarefas e diretivas e instruções, submetidos apenas à sua consciência[342].

No artigo 38, §2º, por sua vez, consta que legitimado para votar (eleger) é aquele que tiver completado seu décimo oitavo ano de vida, sendo apto a ser eleito aquele que tiver atingido a idade na qual implementada sua maioridade plena[343], atribuindo-se ao legislador ordinário federal a regulação da matéria[344].

Nos artigos 101, 103 e 104, a LF trata dos assim chamados direitos e garantias judiciários, incluindo a esfera criminal, tanto no que diz respeito a questões de natureza material, quanto de feição processual.

Nesse contexto, o artigo 101, §1º, proíbe a existência de tribunais de exceção e assegura o juiz natural, dispondo que ninguém poderá ser subtraído ao seu Juiz previsto em lei[345], além de (artigo 101, §2º) prescrever que tribunais para áreas temáticas especiais somente podem ser criados por lei[346].

Embora o artigo 101 não pertença formalmente ao catálogo de direitos fundamentais ele é equiparado aos mesmos, contendo princípios objetivos que

---

[341] BVerfGE 138, 296 - *Kopftuchverbot Nordrhein-Westfalen.*

[342] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 38 – *"(1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen".*

[343] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 38 - *"(2) Wahlberechtigt ist, wer das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat; wählbar ist, wer das Alter erreicht hat, mit dem die Volljährigkeit eintritt".*

[344] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 38 - *"(3) Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz".*

[345] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 101 – *"(1) Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden".*

[346] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 101 – *"(2) Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz errichtet werden".*

são válidos para todo e qualquer processo judicial[347]. Conforme já decidiu o TCF, o objetivo do artigo 101, §2º é a garantia de independência do judiciário, assim como a confiança do povo na imparcialidade dos Tribunais[348]. Tal garantia processual não protege somente a liberdade de cada indivíduo, mas também vincula o poder judiciário, evitando que qualquer pessoa seja privada de seu juiz natural por medidas de organização de qualquer tribunal[349]

O direito a ser ouvido em Juízo, no sentido de um direito ao contraditório, foi assegurado pela LF no artigo 103, §1º, de acordo com o qual perante um Tribunal todos tem o direito de serem ouvidos[350]. Nessa seara, vale citar decisão do TCF, de 2013, que reconheceu a violação dos direitos fundamentais de um reclamante por parte do Tribunal Distrital de Hannover. O Tribunal Distrital havia proposto prazo até 23 de Janeiro de 2013 para a apresentação da defesa do reclamante. Entretanto, sem que tivesse transcorrido o prazo, a decisão foi prolatada no dia 21 de janeiro, sem levar em conta a contestação apresentada tempestivamente no dia 22 de janeiro. Nesse sentido, o TCF afirmou que as decisões impugnadas violam, além do direito consagrado no artigo 103, § 1º, LF, também a garantia de proteção judiciária prevista no artigo 19, § 4º em conjugação com o artigo 20, §3º, da LF, porque o tribunal distrital, ao não apreciar os argumentos apresentados na contestação, não levou em consideração as exigências constitucionais[351].

Já no artigo 103, §2º e §4º, encontram-se as mais importantes garantias em matéria penal, designadamente, a que assegura que uma determinada ação somente poderá ser punida quando a punibilidade tiver sido legalmente determinada antes do cometimento do fato[352] (princípio/garantia da anterioridade e legalidade em matéria penal), bem como a proibição de que alguém possa ser

---

[347] GRÖPL, Christoph; WINDTHORST, Kay; COELLN, Christian. *Studienkommentar*, 4. ed, Munique: C.H. BECK, 2020.

[348] BverfGE 17, 194 - 2 BvR 647/62; BVerfGE 95, 322 – *Spruchgruppen*; BVerfGE 148, 69.

[349] BverfGE 82, 286 - *Amtszeit eines Verfassungsrichters.*

[350] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 103 – *"(1) Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör".*

[351] BVerfGE – 1 BvR 859/13.

[352] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 103 – *"(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde"*

punido mais de uma vez pelo mesmo fato, com base nas leis penais gerais (vedação do *bis in idem*)[353].

Conforme decisão do TCF, no que se refere especificamente ao art.103, §2º, tais garantias penais são relevantes tanto no que diz com o direito que os destinatários possuem de prever quais comportamentos são proibidos ou puníveis, assim como no concernente à garantia de que seja o legislador – e não a administração pública ou o judiciário – aquele a determinar quais atos devem ser tipificados[354].

Por derradeiro, encerrando a parte dedicada aos direitos fundamentais, indispensável apresentar o artigo 104, LF, que versa sobre a privação da liberdade pessoal e as correspondentes garantias relativas à prisão.

Nesse contexto, o artigo 104, §1º, prevê que a liberdade pessoal somente poderá ser limitada com base em lei em sentido formal e mediante atendimento das formas nela prescritas, vedando-se, outrossim, que pessoas presas sejam maltratadas espiritual e corporalmente[355].

O artigo 104, §2º, por seu turno, determina que somente um Juiz poderá decidir sobre a admissibilidade e duração de uma privação da liberdade, sendo que nos casos de privações de liberdade não fundadas em determinação judicial, deve ser imediatamente providenciada tal decisão. Além disso, a autoridade policial não pode, no âmbito de seu poder próprio, manter alguém sob sua custódia além do final do dia no qual se deu a prisão, remetendo-se regulamentação mais detalhada ao legislador ordinário[356].

Nos casos em que alguém seja preso provisoriamente em virtude da suspeita de ter cometido uma infração penal, o custodiado deverá ser apresentado

---

[353] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 103 – *"(3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden".*

[354] BverfGE 92,1 - *Sit-In II*

[355] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 104 – *"(1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden".*

[356] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 104 – "*(2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln*".

a um Juiz no mais tardar no dia seguinte à prisão, devendo o Juiz comunicar as razões da prisão, proceder a sua oitiva e oportunizar a apresentação de objeções; o Juiz, além disso, deverá imediatamente emitir uma ordem de prisão fundamentada e por escrito ou determinar a soltura[357].

Por derradeiro, a teor do disposto no artigo 104, §4º, relativamente a toda decisão judicial sobre a prisão ou manutenção de uma prisão, deverá ser informado imediatamente um familiar ou uma pessoa da confiança do preso[358]. Com base nessa norma, em 2020, o TCF decidiu que o Tribunal Distrital de Landshut violou o direito fundamental de um detento, ao não notificar a sua prisão a uma pessoa de confiança nomeada pelo mesmo[359].

5.3.5 A organização dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

Quanto ao esquema constitucional de organização dos poderes e funções estatais, a LF, como já adiantado, adota o clássico sistema de separação de poderes, mediante sua distribuição, distinção, autonomia e independência (não absolutas) entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, constituído como um Estado Democrático e Social de Direito, nos termos de uma democracia parlamentar, o que reflete na esfera dos três referidos poderes, órgãos e funções estatais, inclusive no que diz respeito à jurisdição constitucional exercida pelo TCF, objeto de atenção em destaque mais adiante. No caso da Presidência da República, dada a sua particular posição e função na LF, será versada no segmento a parte, logo depois do Poder Legislativo, seguindo-se a fórmula adotada pela própria LF.

Sem que se possa (e queira) apresentar um quadro completo, ainda que limitado a uma descrição, com base no texto da LF, de todos os poderes, o que se

---

[357] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 104 – *"(3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen".*

[358] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 104 – *"(4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen".*

[359] BVerfGE - 2 BvR 2345/16.

pretende é oferecer ao leitor alguns traços essenciais relativos ao tema, cuidando-se, ainda assim, de uma abordagem de natureza descritiva.

5.3.5.1 Poder Legislativo

O Poder Legislativo é exercido de forma bicameral, sendo composto, do pondo de vista organizacional, funcional e procedimental, pelo Parlamento Federal (tradução não literal de *Bundestag*) e pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Em ambos os casos os representantes eleitos (Deputados do Parlamento e Representantes dos Estados no Conselho) são eleitos, como já visto, mediante sufrágio universal, direto, livre, igual e secreto, não sendo dependentes de instruções e encargos da parte dos eleitores e subordinados unicamente à sua consciência (artigo 38, §1º, LF)[360].

Também em ambos os casos – forte no artigo 39, §1º, o mandato dos representantes eleitos é de quatro anos, ressalvadas situações específicas previstas na LF, destaque para o caso de dissolução do Parlamento, de tal sorte que em regra a legislatura termina com a reunião inaugural de um novo Parlamento, devendo as eleições serem realizadas entre 46 e 48 meses contados do início da legislatura, exceto quando da dissolução do Parlamento, hipótese na qual as eleições deverão ser realizadas no prazo de sessenta dias[361].

De acordo com o artigo 39, §2º e §3º, LF, o Parlamento deve se reunir no máximo trinta dias após as eleições, cabendo-lhe determinar o encerramento e reabertura e podendo -mediante ato do seu Presidente – fazê-lo antes; todavia, nos casos de exigência formulada por um terço dos membros do Parlamento ou a pedido do Presidente Federal ou Chanceler Federal, tal medida será obrigatória[362].

---

[360] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 38 – *"(1) Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt. Sie sind Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen".*

[361] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 39 – *"(1) Der Bundestag wird vorbehaltlich der nachfolgenden Bestimmungen auf vier Jahre gewählt. Seine Wahlperiode endet mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages. Die Neuwahl findet frühestens sechsundvierzig, spätestens achtundvierzig Monate nach Beginn der Wahlperiode statt. Im Falle einer Auflösung des Bundestages findet die Neuwahl innerhalb von sechzig Tagen statt.*

[362] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 39 – *"(2) Der Bundestag tritt spätestens am dreißigsten Tage nach der Wahl zusammen. (3) Der Bundestag bestimmt den Schluß und den*

No tocante ao exercício da Presidência do Parlamento Federal e de seu regimento interno, o artigo 40, §1º e §2º, dispõe que é o Parlamento quem elege seu Presidente, Vice-Presidentes e secretários e estabelece seu regimento interno, cabendo ao Presidente exercer a gestão e o poder de polícia, bem como a função de autorizar eventual busca e apreensão nas dependências do Parlamento[363].

O Parlamento Federal – artigo 41, §1º e §2º, LF, exerce o controle das eleições e decide sobre a perda do mandato de algum de seus deputados, cabendo recurso ao TCF[364]. As sessões parlamentares – artigo 42, §1º, LF, são, em regra, públicas, podendo ser excluída a presença pública no caso de requerimento nesse sentido formulado por pelo menos um décimo de seus integrantes ou do Governo Federal, referendado por uma maioria parlamentar de dois terços, sendo a votação relativa à aprovação, ou não, do requerimento, realizada em sessão não pública[365]. As resoluções do Parlamento, por sua vez, devem ser aprovadas por maioria dos votos dados, salvo disposição em contrário na LF, sendo que no caso das eleições conduzidas pelo Parlamento o regimento interno pode admitir exceções (Artigo 42, §2º, LF)[366].

Aspecto relevante no que diz respeito às relações do Parlamento Federal com o Conselho Federal e o Governo Federal, é que, a teor do artigo 43, §1º, LF, o Parlamento e suas respectivas comissões podem exigir a presença de qualquer membro do Governo Federal, ao passo que o artigo 43, §1º, assegura aos membros

---

Wiederbeginn seiner Sitzungen. Der Präsident des Bundestages kann ihn früher einberufen. Er ist hierzu verpflichtet, wenn ein Drittel der Mitglieder, der Bundespräsident oder der Bundeskanzler es verlangen".

363 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 40 – *"(1) Der Bundestag wählt seinen Präsidenten, dessen Stellvertreter und die Schriftführer. Er gibt sich eine Geschäftsordnung. (2) Der Präsident übt das Hausrecht und die Polizeigewalt im Gebäude des Bundestages aus. Ohne seine Genehmigung darf in den Räumen des Bundestages keine Durchsuchung oder Beschlagnahme stattfinden".*

364 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 41 – *"(1) Die Wahlprüfung ist Sache des Bundestages. Er entscheidet auch, ob ein Abgeordneter des Bundestages die Mitgliedschaft verloren hat. (2) Gegen die Entscheidung des Bundestages ist die Beschwerde an das Bundesverfassungsgericht zulässig".*

365 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 42 - *"(1) Der Bundestag verhandelt öffentlich. Auf Antrag eines Zehntels seiner Mitglieder oder auf Antrag der Bundesregierung kann mit Zweidrittelmehrheit die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. Über den Antrag wird in nichtöffentlicher Sitzung entschieden".*

366 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 42 – *"(2) Zu einem Beschlusse des Bundestages ist die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich, soweit dieses Grundgesetz nichts anderes bestimmt. Für die vom Bundestage vorzunehmenden Wahlen kann die Geschäftsordnung Ausnahmen zulassen".*

do Conselho Federal, do Governo Federal e de seus delegados, o acesso a todas as reuniões do Parlamento e de suas comissões, cabendo a qualquer momento a sua oitiva[367].

O Parlamento Federal também poderá e, mediante requerimento de uma quarta parte de seus integrantes, deverá instaurar comissões de inquérito, que, em regra, reunirá as provas necessárias em sessão pública, que poderá ser excluída em alguns casos, aplicando-se, para efeitos de apuração das provas, as disposições sobre o tema do código de processo penal, resguardado o sigilo da correspondência, da comunicação postal e das telecomunicações (artigo 44, §1º e §2º, LF)[368]. A teor do artigo 44, §3º e §4º, os tribunais e autoridades administrativas são obrigados a auxiliar as comissões, sendo que as resoluções das comissões não estão sujeitas à apreciação pelo Poder Judiciário, salvo, em caráter facultativo, quando se tratar da revisão judicial quanto aos fatos que foram objeto de cada inquérito[369].

A despeito da possibilidade da criação de outras comissões, como já referido, o Parlamento Federal nomeará uma comissão para assuntos da União Europeia (artigo 45)[370], uma Comissão de Assuntos Exteriores e uma Comissão de Defesa, a qual terá as mesmas prerrogativas das comissões de inquérito, não se aplicando, neste caso, o disposto no artigo 44, §1º, LF[371]. Além disso, consoante o artigo 45c, o Parlamento Federal dispõe de uma Comissão de Petições, que tem a

---

[367] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 43 – *"(1) Der Bundestag und seine Ausschüsse können die Anwesenheit jedes Mitgliedes der Bundesregierung verlangen"*

[368] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 44 – *"(1) Der Bundestag hat das Recht und auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder die Pflicht, einen Untersuchungsausschuß einzusetzen, der in öffentlicher Verhandlung die erforderlichen Beweise erhebt. Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden. (2) Auf Beweiserhebungen finden die Vorschriften über den Strafprozeß sinngemäß Anwendung. Das Brief-, Postund Fernmeldegeheimnis bleibt unberührt".*

[369] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 44 – *"(3) Gerichte und Verwaltungsbehörden sind zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet. (4) Die Beschlüsse der Untersuchungsausschüsse sind der richterlichen Erörterung entzogen. In der Würdigung und Beurteilung des der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhaltes sind die Gerichte frei".*

[370] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 45 – *"Der Bundestag bestellt einen Ausschuß für die Angelegenheiten der Europäischen Union. Er kann ihn ermächtigen, die Rechte des Bundestages gemäß Artikel 23 gegenüber der Bundesregierung wahrzunehmen. Er kann ihn auch ermächtigen, die Rechte wahrzunehmen, die dem Bundestag in den vertraglichen Grundlagen der Europäischen Union eingeräumt sind"*

[371] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 44 – *"(1) Der Bundestag hat das Recht und auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder die Pflicht, einen Untersuchungsausschuß einzusetzen, der in öffentlicher Verhandlung die erforderlichen Beweise erhebt. Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden".*

competência de examinar as petições e reclamações que lhe são dirigidas no exercício do direito de petição e reclamação (artigo 17, LF[372]), bem como um Grêmio de Controle Parlamentar ao qual cabe o controle das atividades dos serviços de inteligência da Federação (artigo 45d)[373].

Como em qualquer democracia representativa, a LF estabeleceu um estatuto protetivo dos parlamentares em razão de sua função, ou seja, um determinado nível de imunidade e inviolabilidade pessoal. Nesse sentido, o artigo 46, §1º, prescreve que um deputado não poderá ser, em nenhum momento, submetido à processo judicial ou disciplinar, nem ser responsabilizado de outro modo fora do Parlamento Federal, em virtude de seus votos ou opiniões emitidas no âmbito do Parlamento ou de uma de suas comissões, o que, contudo, não terá aplicação no caso de injúria difamante[374]. Já no concernente à eventual privação da liberdade ou outras restrições à liberdade pessoal, um deputado somente poderá ser detido ou responsabilizado por atos sujeitos à sanção penal mediante autorização do Parlamento, exceto quando detido em flagrante delito ou no decurso do dia seguinte (artigo 46, §2º e §3º)[375].

O Conselho Parlamentar (*Bundesrat*), consoante adiantado nas notas acerca do Estado Federal, cumpre uma função de alta relevância tanto no tocante ao Poder Legislativo, mas também como mecanismo de articulação e organização federativa, assegurando a permanente participação dos estados membros (*Länder*) nos processos decisórios.

---

[372] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 17 – *"Jedermann hat das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden".*

[373] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 45c – *"(1) Der Bundestag bestellt einen Petitionsausschuß, dem die Behandlung der nach Artikel 17 an den Bundestag gerichteten Bitten und Beschwerden obliegt. (2) Die Befugnisse des Ausschusses zur Überprüfung von Beschwerden regelt ein Bundesgesetz".*

[374] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 46 – *"(1) Ein Abgeordneter darf zu keiner Zeit wegen seiner Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem seiner Ausschüsse getan hat, gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Bundestages zur Verantwortung gezogen werden. Dies gilt nicht für verleumderische Beleidigungen".*

[375] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 46 – *"(2) Wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung darf ein Abgeordneter nur mit Genehmigung des Bundestages zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden, es sei denn, daß er bei Begehung der Tat oder im Laufe des folgenden Tages festgenommen wird. (3) Die Genehmigung des Bundestages ist ferner bei jeder anderen Beschränkung der persönlichen Freiheit eines Abgeordneten oder zur Einleitung eines Verfahrens gegen einen Abgeordneten gemäß Artikel 18 erforderlich".*

É precisamente nesse sentido que o artigo 50 da LF dispõe que é por meio do Conselho Federal que os Estados participam da produção legislativa e da administração da Federação, ademais de sua participação nas questões concernentes à União Europeia[376]. Diferentemente do que se dá com o Parlamento, o Conselho Federal (artigo 51, §1º, LF), é formado por membros dos governos estaduais, que os nomeiam e exoneram, cabível a indicação e atuação de suplentes[377]. A distribuição dos membros do Conselho entre os Estados obedece às diretrizes do artigo 51, §2º, de acordo com o qual cada Estado tem direito pelo menos a três votos, sendo que nos Estados casos com mais de dois milhões de habitantes serão quatro votos, com mais de seis milhões serão cinco votos e mais de sete milhões seis votos[378]. Além disso, segundo o artigo 51, §3º, cada Estado pode designar tantos membros quantos votos tiver, destacando-se que os votos de cada Estado somente poderão ser dados por unanimidade e pelos membros presentes ou respectivos suplentes[379].

No respeitante à eleição do seu presidente e respectivo mandado, bem como no que diz com a convocação do Conselho Federal, aprovação das resoluções, regimento interno e publicidade das sessões, aplicam-se em geral as mesmas diretrizes previstas para o Parlamento Federal, à exceção especialmente da hipótese de dissolução do Parlamento, não prevista para o Conselho (artigo 52, §1º, §2º e §3º)[380].

---

[376] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 50 – *"Durch den Bundesrat wirken die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union mit".*

[377] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 51 – *"(1) Der Bundesrat besteht aus Mitgliedern der Regierungen der Länder, die sie bestellen und abberufen. Sie können durch andere Mitglieder ihrer Regierungen vertreten werden"*

[378] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 51 - *"(2) Jedes Land hat mindestens drei Stimmen, Länder mit mehr als zwei Millionen Einwohnern haben vier, Länder mit mehr als sechs Millionen Einwohnern fünf, Länder mit mehr als sieben Millionen Einwohnern sechs Stimmen".*

[379] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 51 – *"(3) Jedes Land kann so viele Mitglieder entsenden, wie es Stimmen hat. Die Stimmen eines Landes können nur einheitlich und nur durch anwesende Mitglieder oder deren Vertreter abgegeben werden".*

[380] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 52 – *"(1) Der Bundesrat wählt seinen Präsidenten auf ein Jahr. (2) Der Präsident beruft den Bundesrat ein. Er hat ihn einzuberufen, wenn die Vertreter von mindestens zwei Ländern oder die Bundesregierung es verlangen. (3) Der Bundesrat faßt seine Beschlüsse mit mindestens der Mehrheit seiner Stimmen. Er gibt sich eine Geschäftsordnung. Er verhandelt öffentlich. Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden".*

No respeitante à criação de comissões especiais (como é o caso das comissões de inquérito) a LF prevê apenas (artigo 52, §3ºa), que para assuntos relativos à União Europeia o Conselho Federal poderá criar uma câmara especial para assuntos europeus, cujas resoluções terão o mesmo tratamento das demais resoluções do Conselho Federal, devendo a votação por Estado ser unânime e o número de votos ser determinado de acordo com o artigo 51, §2º, acima referido[381].

Além disso, é possível que outros membros ou representantes dos governos estaduais façam parte das comissões do Conselho Federal (artigo 52, §4º)[382], podendo ser representados por um membro do Conselho Federal, por um representante de seu governo ou por outro membro de sua escolha[383], que serão nomeados ou destituídos por meio de uma informação por escrito ao Presidente do *Bundesrat*. Assim, tendo em conta o que está disposto no artigo 52, §4º e no Regimento Interno do Conselho Federal, não está afastada a criação de outras comissões para assuntos especiais[384].

O direito de participação dos membros do Governo Federal nas reuniões, debates e comissões do Conselho Federal está garantida no artigo 53, LF, podendo inclusive tal participação ser exigida pelo Conselho, devendo ser ouvidos a qualquer momento; além disso, o Conselho deve ser informado constantemente sobre a evolução dos negócios públicos e decisões do Governo Federal[385].

De alta relevância para o esquema federativo é a existência de uma Comissão Conjunta formada pelo Parlamento e Conselho Federal (artigo 53a, LF),

---

[381] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 52 – *"(3a) Für Angelegenheiten der Europäischen Union kann der Bundesrat eine Europakammer bilden, deren Beschlüsse als Beschlüsse des Bundesrates gelten; die Anzahl der einheitlich abzugebenden Stimmen der Länder bestimmt sich nach Artikel 51 Abs. 2"*.

[382] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 52 – *"(4) Den Ausschüssen des Bundesrates können andere Mitglieder oder Beauftragte der Regierungen der Länder angehören"*.

[383] *Geschäftsordnung des Bundesrates (GO BR): "§ 11 - Ausschüsse (2) Die Länder sind in jedem Ausschuss durch ein Mitglied des Bundesrates, ein anderes Mitglied oder einen Beauftragten ihrer Regierung vertreten"*.

[384] *Geschäftsordnung des Bundesrates (GO BR): "§ 11 – Ausschüsse (1) Der Bundesrat bildet ständige Ausschüsse. Er kann für besondere Angelegenheiten weitere Ausschüsse einsetzen"*.

[385] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 53 – *"Die Mitglieder der Bundesregierung haben das Recht und auf Verlangen die Pflicht, an den Verhandlungen des Bundesrates und seiner Ausschüsse teilzunehmen. Sie müssen jederzeit gehört werden. Der Bundesrat ist von der Bundesregierung über die Führung der Geschäfte auf dem laufenden zu halten"*.

composta por Deputados do Parlamento (2/3) e membros do Conselho (1/3). No que diz com a forma de nomeação dos integrantes da Comissão, os Deputados são nomeados pelo Parlamento, obedecida a proporcionalidade relativamente às bancadas parlamentares, não podendo tratar-se de integrantes do Governo Federal. Outrossim, cada Estado será representado por um dos seus membros no Conselho Federal, não estando sujeitos a instruções. Além disso, ainda no artigo 53a, §1º, encontra-se prescrito tanto a formação quanto o funcionamento da Comissão Conjunta é regulamentada por um regimento interno, elaborado pelo Parlamento e aprovado pelo Conselho Federal[386]. Por derradeiro – a teor do artigo 53a, §2º - é obrigação do Governo Federal informar a Comissão Conjunta sobre eventuais planos relativos ao estado de defesa, resguardando-se, neste caso, os direitos do Parlamento Federal e de suas respectivas comissões, tal como previsto no artigo 43, §1º, LF[387].

5.3.5.2 O Presidente Federal (*Bundespräsident*)

A figura do Presidente Federal que, numa democracia parlamentar típica (ainda que existam variações quanto às atribuições, eleições, etc.) ocupa uma particular posição no âmbito da organização dos poderes, também no caso da LF, visto que integra o Governo Federal propriamente dito, é por isso mesmo versada em capítulo apartado, sem prejuízo, contudo, dos pontos de articulação com o Poder Legislativo, o Governo e o Poder Judiciário.

Um primeiro aspecto a sublinhar é que o Presidente, nos termos do artigo 54, §1º, LF, é eleito pela Assembleia Federal sem debate prévio, sendo elegível todo cidadão alemão apto a exercer seu direito de sufrágio para o Parlamento Federal,

---

[386] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 53a - *"(1) Der Gemeinsame Ausschuß besteht zu zwei Dritteln aus Abgeordneten des Bundestages, zu einem Drittel aus Mitgliedern des Bundesrates. Die Abgeordneten werden vom Bundestage entsprechend dem Stärkeverhältnis der Fraktionen bestimmt; sie dürfen nicht der Bundesregierung angehören. Jedes Land wird durch ein von ihm bestelltes Mitglied des Bundesrates vertreten; diese Mitglieder sind nicht an Weisungen gebunden. Die Bildung des Gemeinsamen Ausschusses und sein Verfahren werden durch eine Geschäftsordnung geregelt, die vom Bundestage zu beschließen ist und der Zustimmung des Bundesrates bedarf".*

[387] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 53a – *"(2) Die Bundesregierung hat den Gemeinsamen Ausschuß über ihre Planungen für den Verteidigungsfall zu unterrichten. Die Rechte des Bundestages und seiner Ausschüsse nach Artikel 43 Abs. 1 bleiben unberührt"*

tendo, além disso, completado quarenta anos de idade[388]. A duração do mandato é de cinco anos admitida uma reeleição consecutiva (artigo 54, §2º, LF)[389].

A Assembleia Federal é constituída por membros do Parlamento Federal, bem como por um número igual de membros eleitos pelos Parlamentos estaduais, de acordo com os critérios da eleição proporcional (artigo 54, §3º)[390]. A Assembleia reúne-se, no mais tardar, trinta dias antes do término do mandato presidencial, ou, no caso de cessação prematura do mandato, no mais tardar trinta dias a contar desta data, sendo convocada pelo Presidente do Parlamento Federal (54, §4º, LF)[391]. No caso de vir a findar a legislatura do Parlamento Federal, o prazo previsto para as eleições regulares do Presidente (primeira parte do artigo 54, §4º) começa a contar desde a primeira reunião do novo Parlamento (artigo 54, §5º, LF)[392].

Nesse contexto, calha ainda destacar que é considerado eleito para Presidente Federal o candidato que obter os votos da maioria dos membros da Assembleia Federal; no caso de nenhum dos candidatos alcançar a maioria em dois escrutínios será considerado eleito aquele que obtiver maior número de votos na votação seguinte (artigo 54, §6º, LF)[393]. Por derradeiro, a teor do que dispões o artigo 54, §7º, LF[394], a matéria será objeto de regulamentação por uma lei

---

[388] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 54 – *"(1) Der Bundespräsident wird ohne Aussprache von der Bundesversammlung gewählt. Wählbar ist jeder Deutsche, der das Wahlrecht zum Bundestage besitzt und das vierzigste Lebensjahr vollendet hat".*

[389] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 – "*(2) Das Amt des Bundespräsidenten dauert fünf Jahre. Anschließende Wiederwahl ist nur einmal zulässig".*

[390] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 – "*(3) Die Bundesversammlung besteht aus den Mitgliedern des Bundestages und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern, die von den Volksvertretungen der Länder nach den Grundsätzen der Verhältniswahl gewählt werden".*

[391] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 – *"(4) Die Bundesversammlung tritt spätestens dreißig Tage vor Ablauf der Amtszeit des Bundespräsidenten, bei vorzeitiger Beendigung spätestens dreißig Tage nach diesem Zeitpunkt zusammen. Sie wird von dem Präsidenten des Bundestages einberufen".*

[392] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 – "(5) Nach Ablauf der Wahlperiode beginnt die Frist des Absatzes 4 Satz 1 mit dem ersten Zusammentritt des Bundestages".

[393] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 54 – "(6) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder der Bundesversammlung erhält. Wird diese Mehrheit in zwei Wahlgängen von keinem Bewerber erreicht, so ist gewählt, wer in einem weiteren Wahlgang die meisten Stimmen auf sich vereinigt".

[394] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 54 – "(7) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz".

federal[395].

No concernente ao regime das incompatibilidades e de acordo com o artigo 55, §1º, LF, o Presidente Federal não pode integrar o Governo ou órgão legislativo federal ou de algum dos estados da federação [396]. Outrossim, não pode o Presidente exercer qualquer outra função remunerada, atividade comercial ou profissional ou mesmo pertencer aos quadros diretivos ou ao conselho fiscal de uma empresa com fins lucrativos (artigo 54, §2º, LF)[397].

Uma peculiaridade interessante, é que – consoante prescrito pelo artigo 56, LF - quando do juramento a ser prestado pelo Presidente Federal eleito quando de sua posse, perante os membros reunidos do Parlamento e do Conselho Federal, tal juramento poderá ser prestado sem a invocação de Deus, seguindo-se aqui o texto do juramento em tradução livre: "juro dedicar as minhas forças ao bem-estar do Povo alemão, promover os seus proveitos, protegê-lo de todos os danos, assim como guardar e defender a Lei Fundamental e as Leis da Federação, cumprindo conscientemente as minhas obrigações e tratar a todos de modo justo. Assim me valha Deus"[398].

Quanto a substituição interina do Presidente Federal, esta será exercida pelo Presidente do Conselho Federal, seja no caso de impedimento, seja no caso de cessão antecipada do mandato presidencial (artigo 57, LF)[399]. Além disso, a teor do artigo 58, LF[400], as disposições e resoluções do Presidente Federal, para serem

---

[395] *Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung*. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/bpr_swahlg/BJNR002300959.html#BJNR002300959BJNG000100314.

[396] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 55 – *"(1) Der Bundespräsident darf weder der Regierung noch einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören".*

[397] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 55 – *"(2) Der Bundespräsident darf kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung noch dem Aufsichtsrate eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens angehören".*

[398] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 56 – *"Der Bundespräsident leistet bei seinem Amtsantritt vor den versammelten Mitgliedern des Bundestages und des Bundesrates folgenden Eid: "Ich schwöre, daß ich meine Kraft dem Wohle des deutschen Volkes widmen, seinen Nutzen mehren, Schaden von ihm wenden, das Grundgesetz und die Gesetze des Bundes wahren und verteidigen, meine Pflichten gewissenhaft erfüllen und Gerechtigkeit gegen jedermann üben werde. So wahr mir Gott helfe." Der Eid kann auch ohne religiöse Beteuerung geleistet werden".*

[399] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 57 – *"Die Befugnisse des Bundespräsidenten werden im Falle seiner Verhinderung oder bei vorzeitiger Erledigung des Amtes durch den Präsidenten des Bundesrates wahrgenommen.*

[400] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 58 – *"Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler*

válidas, dependem de referendum pelo Chanceler Federal ou pelo respectivo Ministro Federal, o que, contudo, não se aplica para os casos de nomeação e exoneração do Chanceler Federal e de dissolução do Parlamento Federal, nos termos do disposto no artigo 63, LF[401], ademais do requerimento do qual trata o artigo 69, §3º, LF[402].

A despeito de não integrar o Governo Federal, como já referido, exercendo, de acordo com o padrão geral do sistema parlamentar, a função de Chefe de Estado, isto não significa que ao Presidente Federal não tenham sido reservadas algumas atribuições relevantes, como é o caso do poder de representação da Federação no âmbito das relações internacionais, cabendo-lhe firmar os tratados celebrados com Estados estrangeiros, bem como a acreditação e recepção dos chefes de missões diplomáticas (artigo 59, §1º, LF), o que não afasta a necessidade de intervenção e/ou aprovação dos tratados que regulem as relações políticas da federação ou que envolvam matérias objeto da legislação federal por parte dos respectivos órgãos competentes, mediante a forma de uma lei federal (artigo 59, §2º, LF)[403].

Dentre as outras atribuições do Presidente da República está a de nomear os funcionários federais, os juízes federais, bem como os oficiais e suboficiais,

---

oder durch den zuständigen Bundesminister. Dies gilt nicht für die Ernennung und Entlassung des Bundeskanzlers, die Auflösung des Bundestages gemäß Artikel 63 und das Ersuchen gemäß Artikel 69 Abs. 3".

[401] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(1) Der Bundeskanzler wird auf Vorschlag des Bundespräsidenten vom Bundestage ohne Aussprache gewählt. (2) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt. Der Gewählte ist vom Bundespräsidenten zu ernennen. (3) Wird der Vorgeschlagene nicht gewählt, so kann der Bundestag binnen vierzehn Tagen nach dem Wahlgange mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder einen Bundeskanzler wählen. (4) Kommt eine Wahl innerhalb dieser Frist nicht zustande, so findet unverzüglich ein neuer Wahlgang statt, in dem gewählt ist, wer die meisten Stimmen erhält. Vereinigt der Gewählte die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich, so muß der Bundespräsident ihn binnen sieben Tagen nach der Wahl ernennen. Erreicht der Gewählte diese Mehrheit nicht, so hat der Bundespräsident binnen sieben Tagen entweder ihn zu ernennen oder den Bundestag aufzulösen".*

[402] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 69 – *"(3) Auf Ersuchen des Bundespräsidenten ist der Bundeskanzler, auf Ersuchen des Bundeskanzlers oder des Bundespräsidenten ein Bundesminister verpflichtet, die Geschäfte bis zur Ernennung seines Nachfolgers weiterzuführen".*

[403] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 59 – *"(2) Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf egenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend"*

exceto no caso de disposição legal em contrário, exercendo, além disso e em casos específicos, o direito de conceder indultos em nome da Federação, podendo delegar tais poderes a outras autoridades (artigo 60, §1º, §2º e §3º)[404].

Outra atribuição relevante do Presidente é a de propor ao Parlamento Federal o nome de um candidato a Chanceler Federal (chefe de Governo) cabendo, contudo, ao Parlamento a respectiva eleição (artigo 63, §1º, LF)[405]. Além disso, cabe ao Presidente nomear o candidato eleito (artigo 63, §2º, LF)[406] e, tratando-se da situação prevista no artigo 63, §4º, LF, no caso de a eleição não vir a ser realizada no prazo regular, quando deverá ser imediatamente levado a efeito novo escrutínio e o eleito não obtiver os votos da maioria dos integrantes do Parlamento Federal, o Presidente deverá, também no prazo de sete dias, ou nomear o eleito ou dissolver o Parlamento Federal[407].

Note-se, ainda, que existe outra hipótese na qual a LF prevê a possibilidade de dissolução do Parlamento Federal pelo Presidente, designadamente, no caso do voto de confiança, regrado pelo artigo 68, LF. Aqui, não sendo aprovada a moção de confiança proposta pelo Chanceler Federal, o Presidente Federal, com base em proposta do Chanceler, poderá dissolver o Parlamento no prazo de 21 dias (artigo 68, §1º. LF)[408].

O Presidente Federal também é chamado a atuar na hipótese prevista no artigo 69, §3º, LF, cabendo-lhe solicitar a permanência do Chanceler Federal no

---

[404] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 60 – *"(1) Der Bundespräsident ernennt und entläßt die Bundesrichter, die Bundesbeamten, die Offiziere und Unteroffiziere, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. (2) Er übt im Einzelfalle für den Bund das Begnadigungsrecht aus. (3) Er kann diese Befugnisse auf andere Behörden übertragen"*

[405] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 - *"(1) Der Bundeskanzler wird auf Vorschlag des Bundespräsidenten vom Bundestage ohne Aussprache gewählt".*

[406] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(2) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt. Der Gewählte ist vom Bundespräsidenten zu ernennen.".*

[407] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(4) Kommt eine Wahl innerhalb dieser Frist nicht zustande, so findet unverzüglich ein neuer Wahlgang statt, in dem gewählt ist, wer die meisten Stimmen erhält. Vereinigt der Gewählte die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich, so muß der Bundespräsident ihn binnen sieben Tagen nach der Wahl ernennen. Erreicht der Gewählte diese Mehrheit nicht, so hat der Bundespräsident binnen sieben Tagen entweder ihn zu ernennen oder den Bundestag aufzulösen".*

[408] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 68 – *"(1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt".*

cargo enquanto não lhe for nomeado um sucessor, o mesmo podendo ocorrer no caso dos Ministros Federais[409].

Como se dá no caso do Poder Legislativo e de seus integrantes, também o Presidente Federal poderá ser chamado à responsabilidade e responder a acusações que forem formuladas pelo Parlamento ou pelo Conselho Federal, sempre perante o TCF e em virtude de eventual violação dolosa da LF ou de qualquer outra Lei Federal, devendo o requerimento correspondente ser proposto, no mínimo, por um quarto dos membros do Parlamento ou um quarto dos votos do Conselho Federal, dependendo sua aprovação da formação de uma maioria de dois terços dos membros do Parlamento ou de dois terços dos integrantes do Conselho Federal, a depender do caso (artigo 61, §1º, LF)[410]. No caso de o TCF decidir que o Presidente violou intencionalmente a LF ou uma Lei Federal, ele poderá declarar a sua destituição, podendo, além disso, determinar – mediante disposição em caráter provisório - o seu impedimento para o exercício do cargo depois de formalizada a acusação (artigo 61, §2º, LF)[411].

5.3.5.3 O Governo Federal

O Governo Federal é constituído pelo Chanceler Federal (*Bundeskanzler)*, que exerce funções similares às de um Primeiro Ministro, e pelos Ministros

[409] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 69 - *"(3) Auf Ersuchen des Bundespräsidenten ist der Bundeskanzler, auf Ersuchen des Bundeskanzlers oder des Bundespräsidenten ein Bundesminister verpflichtet, die Geschäfte bis zur Ernennung seines Nachfolgers weiterzuführen".*

[410] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 61 – *"(1) Der Bundestag oder der Bundesrat können den Bundespräsidenten wegen vorsätzlicher Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes vor dem Bundesverfassungsgericht anklagen. Der Antrag auf Erhebung der Anklage muß von mindestens einem Viertel der Mitglieder des Bundestages oder einem Viertel der Stimmen des Bundesrates gestellt werden. Der Beschluß auf Erhebung der Anklage bedarf der Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Bundestages oder von zwei Dritteln der Stimmen des Bundesrates. Die Anklage wird von einem Beauftragten der anklagenden Körperschaft vertreten"*

[411] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 61 – *"(2) Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß der Bundespräsident einer vorsätzlichen Verletzung des Grundgesetzes oder eines anderen Bundesgesetzes schuldig ist, so kann es ihn des Amtes für verlustig erklären. Durch einstweilige Anordnung kann es nach der Erhebung der Anklage bestimmen, daß er an der Ausübung seines Amtes verhindert ist".*

Federais (artigo 62, LF)[412]. Assim como se dá com o Presidente Federal, também o Chanceler Federal não é eleito diretamente pelo povo, mas sim – aqui diferentemente do Presidente, eleito por uma Assembleia Federal – pelo Parlamento Federal, sempre mediante proposta do Presidente Federal, sem prévio debate (artigo 63, §1º, LF)[413]. Será eleito o candidato que obtiver os votos da maioria dos parlamentares, cabendo ao Presidente Federal a nomeação (artigo 63, §2º, LF)[414]. Além disso, caso não eleito o candidato proposto pelo Presidente, o Parlamento poderá eleger um Chanceler, mediante os votos de mais da metade de seus membros, no prazo de quatorze dias contados da primeira votação (artigo 63, §3º, LF)[415].

Outrossim – a teor do artigo 63, §4º, LF - no caso de a eleição não vir a ser realizada nesse interregno, deverá ser imediatamente procedido a novo escrutínio, elegendo-se quem obtiver o maior número de votos, sendo o eleito nomeado pelo Presidente no prazo de sete dias a contar da eleição, quando o eleito tiver obtido os votos da maioria dos parlamentares. Todavia, em não sendo alcançada tal maioria, o Presidente deverá, também no prazo de sete dias, ou nomear o eleito ou dissolver o Parlamento Federal[416].

Quanto aos Ministros Federais, esses são nomeados e exonerados pelo Presidente Federal, sempre mediante proposta do Chanceler Federal, prestando todos (Ministros e Chanceler) solene juramento no ato da posse (artigo 64, §1º e §2º, CF)[417].

---

[412] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 62 – *"Die Bundesregierung besteht aus dem Bundeskanzler und aus den Bundesministern".*

[413] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(1) Der Bundeskanzler wird auf Vorschlag des Bundespräsidenten vom Bundestage ohne Aussprache gewählt".*

[414] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(2) Gewählt ist, wer die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt. Der Gewählte ist vom Bundespräsidenten zu ernennen".*

[415] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 – *"(3) Wird der Vorgeschlagene nicht gewählt, so kann der Bundestag binnen vierzehn Tagen nach dem Wahlgange mit mehr als der Hälfte seiner Mitglieder einen Bundeskanzler wählen".*

[416] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 63 - *"(4) Kommt eine Wahl innerhalb dieser Frist nicht zustande, so findet unverzüglich ein neuer Wahlgang statt, in dem gewählt ist, wer die meisten Stimmen erhält. Vereinigt der Gewählte die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages auf sich, so muß der Bundespräsident ihn binnen sieben Tagen nach der Wahl ernennen. Erreicht der Gewählte diese Mehrheit nicht, so hat der Bundespräsident binnen sieben Tagen entweder ihn zu ernennen oder den Bundestag aufzulösen".*

[417] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 64 – *"(1) Die Bundesminister werden auf Vorschlag des Bundeskanzlers vom Bundespräsidenten ernannt und entlassen. (2) Der*

Quanto ao exercício das funções do Chanceler e dos Ministros, a LF – artigo 65 – estabelece que cabe ao primeiro estabelecer as diretrizes da política, assumindo por elas a responsabilidade, além de conduzir os assuntos governamentais, de acordo com um regulamento interno elaborado pelo Governo e aprovado pelo Presidente Federal; no caso dos Ministros, cada um exerce a direção autônoma de sua pasta, igualmente sob sua responsabilidade, cabendo ao Governo federal decidir no caso de ocorrerem divergências de opinião entre os Ministros[418]. Uma regra especial – artigo 65a, LF – dispõe que o Ministro Federal da Defesa exerce o comando e o poder de ordenança das Forças Armadas[419].

No que concerne ao regime das incompatibilidades, regrado pelo artigo 66, LF, o Chanceler e os Ministros não podem exercer qualquer outro cargo remunerado, nenhum ofício ou profissão, ademais de não poderem, sem a respectiva autorização do Parlamento Federal, integrar diretoria ou conselho administrativo de uma empresa com fins lucrativos[420].

A exemplo do que se dá nos demais sistemas parlamentares, a LF prevê tanto um voto de desconfiança quanto um voto de confiança.

Quanto ao primeiro – voto de desconfiança – o artigo 67, §1º, LF, dispõe que o Parlamento apenas poderá pronunciar um voto de desconfiança relativamente ao Chanceler Federal se eleger um sucessor mediante maioria de votos e solicitar ao Presidente Federal a exoneração do Chanceler alvo da moção, devendo o Presidente atender à solicitação e nomear o sucessor eleito[421],

---

Bundeskanzler und die Bundesminister leisten bei der Amtsübernahme vor dem Bundestage den in Artikel 56 vorgesehenen Eid".

[418] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 65 – *"Der Bundeskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür die Verantwortung. Innerhalb dieser Richtlinien leitet jeder Bundesminister seinen Geschäftsbereich selbständig und unter eigener Verantwortung. Über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bundesministern entscheidet die Bundesregierung. Der Bundeskanzler leitet ihre Geschäfte nach einer von der Bundesregierung beschlossenen und vom Bundespräsidenten genehmigten Geschäftsordnung".*

[419] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 65a – *"(1) Der Bundesminister für Verteidigung hat die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte".*

[420] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 66 – *"Der Bundeskanzler und die Bundesminister dürfen kein anderes besoldetes Amt, kein Gewerbe und keinen Beruf ausüben und weder der Leitung noch ohne Zustimmung des Bundestages dem Aufsichtsrate eines auf Erwerb gerichteten Unternehmens angehören".*

[421] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 67 – *"(1) Der Bundestag kann dem Bundeskanzler das Mißtrauen nur dadurch aussprechen, daß er mit der Mehrheit seiner Mitglieder einen Nachfolger wählt und den Bundespräsidenten ersucht, den Bundeskanzler zu entlassen. Der Bundespräsident muß dem Ersuchen entsprechen und den Gewählten ernennen"*

registrando-se, ainda, que entre a pronuncia do voto de desconfiança e a votação deverá transcorrer um prazo de 48 horas (artigo 67, §2º, LF)[422].

Em se tratando do voto de confiança, regrado pelo artigo 68, LF, no caso de uma moção do Chanceler Federal no sentido de que lhe seja expressa a confiança do Parlamento, não sendo tal moção aprovada pela maioria dos parlamentares, o Presidente Federal, com base em proposta do Chanceler, poderá dissolver o Parlamento no prazo de 21 dias, expirando o direito à dissolução assim que o Parlamento, com o voto da maioria de seus membros, eleja outro Chanceler (artigo 68, §1º, LF)[423]. Além disso, é de se anotar que entre a moção de confiança e a votação deverá transcorrer um prazo de quarenta e oito horas (artigo 68, §2º, LF)[424].

Por derradeiro, quanto à duração do mandato e casos de substituição do Chanceler, este nomeará um dos Ministros como suplente (artigo 69, §1º, LF)[425], ao passo que o mandado de Chanceler ou de um Ministro Federal expira, em qualquer caso, quando da constituição de um novo Parlamento Federal, agregando-se a nota de que o mandato ministerial também cessa quando do término do mandato do Chanceler por qualquer outra razão (artigo 69, §2º, LF)[426]. Todavia, no caso de solicitação do Presidente Federal, o Chanceler deverá seguir no exercício de suas funções até que lhe seja nomeado um sucessor, o que – de modo similar – se passa com os Ministros Federais, seja por solicitação do Chanceler, seja quando solicitado pelo Presidente Federal (artigo 69, §3º, LF)[427].

---

[422] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 67 – *"(2) Zwischen dem Antrage und der Wahl müssen achtundvierzig Stunden liegen".*

[423] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 68 – *"(1) Findet ein Antrag des Bundeskanzlers, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages, so kann der Bundespräsident auf Vorschlag des Bundeskanzlers binnen einundzwanzig Tagen den Bundestag auflösen. Das Recht zur Auflösung erlischt, sobald der Bundestag mit derMehrheit seiner Mitglieder einen anderen Bundeskanzler wählt".*

[424] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 68 – *"(2) Zwischen dem Antrage und der Abstimmung müssen achtundvierzig Stunden liegen".*

[425] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 69 - *"(1) Der Bundeskanzler ernennt einen Bundesminister zu seinem Stellvertreter".*

[426] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 69 – "*(2) Das Amt des Bundeskanzlers oder eines Bundesministers endigt in jedem Falle mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages, das Amt eines Bundesministers auch mit jeder anderen Erledigung des Amtes des Bundeskanzlers".*

[427] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 69 – *"(3) Auf Ersuchen des Bundespräsidenten ist der Bundeskanzler, auf Ersuchen des Bundeskanzlers oder des*

5.3.5.4 Do Poder Judiciário

O Poder Judiciário - artigo 92, LF – é atribuído aos Juízes, sendo exercido pelo Tribunal Constitucional Federal, pelos Tribunais Federais estabelecidos na LF e pelos Tribunais Estaduais[428]. As regras para a seleção e nomeação de juízes estão previstas na Lei Orgânica da Magistratura da Alemanha[429].

No que diz respeito às regras de organização do Poder Judicial previstas na LF, estas abarcam tanto o TCF quanto os demais Tribunais alemães. Todavia, tendo em conta que o TCF será objeto de um item específico, logo a seguir, é lá que serão tratadas as disposições constitucionais que lhe dizem respeito, exceto naquilo em que se tratar de questões referidas nos artigos que versam sobre as demais esferas da jurisdição.

Nessa senda, o artigo 95, §1º, LF, trata dos Tribunais Superiores da Federação, que operam como instâncias de revisão relativamente aos Juízes e Tribunais da primeira e segunda Instância, prevendo a instituição de um Tribunal Federal de Justiça – *Bundesgerichtshof* (abarcando as áreas cível e criminal), um Tribunal Federal Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*), Tribunal Federal

---

Bundespräsidenten ein Bundesminister verpflichtet, die Geschäfte bis zur Ernennung seines Nachfolgers weiterzuführen".

[428]*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 92 – *"Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetze vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt"*

[429] O exercício da magistratura exige que cada candidato seja avaliado por meio de duas fases. No final de cada fase o candidato deve prestar o assim conhecido Exame do Estado (*Staatsexamen*), que, aliás, deve ser realizado por todos os estudantes de direito, sendo a aprovação no segundo exame pressuposto para o acesso às principais carreiras jurídicas. O primeiro exame é feito na fase final do curso de Direito, normalmente a contar do oitavo semestre. Nessa fase, 70% das questões são pré-estabelecidas pela banca e 30% se referem à área escolhida pelo candidato. Entre esse exame e o segundo, o candidato faz um estágio jurídico num Tribunal, no Minitério Público ou em algum escritório de advocacia. Esse período dura 2 anos em média. Caso o candidato seja aprovado no segundo Exame do Estado com uma nota mínima bem acima da média exigida para as outras carreiras jurídicas (salvo Magistério Superior, onde também as exigências são mais elevadas), candidato pode se inscrever no tribunal referente a área na qual se especializou, que, a depender das vagas disponíveis, notas obtidas nos exames estatais, bem como outros critérios e mediante procedimento regulado, pode o candidato ser escolhido e nomeado pelo respectivo Ministério de Justiça estadual. Embora cada Estado federal possua algumas regras específicas, no geral, quando se é aceito para a magistratura, deve-se realizar dois anos de estágio probatório. Após esse período, é permitida a nomeação vitalícia para o cargo. Para maior aprofundamento sobre o tema *vide:* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Como se produz um jurista em alguns lugares do mundo? O modelo alemão (parte 4). *Revista Consultor Jurídico*, 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-18/produz-jurista-alguns-lugares-mundo-modelo-alemao-parte. Acesso em: 10 mar. 2021.

Social (*Bundessozialgericht)* – que examina matérias relacionadas à previdência e assistência social, bem como saúde, um Tribunal Federal Financeiro (*Bundesfinanzgericht*) e um Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*)[430].

No que diz com a nomeação dos Magistrados dos Tribunais Superiores Federais, esses serão nomeados pelo Ministro Federal competente para os respectivos setores (trabalho, finanças, etc.) em conjunto com uma Comissão especial composta pelos Ministros Estaduais das respectivas pastas e por igual número de integrantes eleitos pelo Parlamento Federal (artigo 95, §2º, LF)[431].

Aspecto de alta relevância e que, portanto, merece ser destacado, é que, nos termos do artigo 95, §3º, LF, deve ser (e assim o foi) constituída uma Câmara Conjunta formada por Magistrados de todos os Tribunais Superiores Federais, com competência e finalidade de zelar pela unidade da jurisprudência[432].

Além dos Tribunais Federais referidos no artigo 95, LF, poderá ser criado um Tribunal Federal para assuntos relacionados à proteção da propriedade industrial (artigo 96, §1º, LF)[433], bem como Tribunais Penais Militares com jurisdição sobre as Forças Armadas, mas que somente poderão exercer suas atividades na vigência do Estado de Defesa e sobre integrantes das Forças Armadas atuantes no exterior ou exercendo suas funções em navios de guerra, encontrando-se, ademais, na esfera da competência do Ministro Federal da Justiça; os Magistrados desses Tribunais deverão ter a qualificação para o exercício da Magistratura (artigo 96, §2º. LF)[434]. Note-se, ainda, que – a teor do artigo 96, §3º, LF - o Tribunal Superior

---

[430] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 95 – *"(1) Für die Gebiete der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit errichtet der Bund als oberste Gerichtshöfe den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht"*

[431] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 95 – *"(2) Über die Berufung der Richter dieser Gerichte entscheidet der für das jeweilige Sachgebiet zuständige Bundesminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß, der aus den für das jeweilige Sachgebiet zuständigen Ministern der Länder und einer gleichen Anzahl von Mitgliedern besteht, die vom Bundestage gewählt werden".*

[432] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 95 – *"(3) Zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist ein Gemeinsamer Senat der in Absatz 1 genannten Gerichte zu bilden. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz".*

[433] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 96 – *"(1) Der Bund kann für Angelegenheiten des gewerblichen Rechtsschutzes ein Bundesgericht errichten".*

[434] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 96 – *"(2) Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die*

para os Tribunais Penais Militares é o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*)[435].

Além disso, o artigo 96, §4º, autoriza a Federação a criar Tribunais Federais com a competência para julgar processos disciplinares e recursos envolvendo as pessoas ligadas ao serviço público federal mediante um contrato e trabalho regido pelo Direito Público[436].

Não bastasse isso, a LF – artigo 96, §5º – prevê que, mediante aprovação do Conselho Federal, os Tribunais Estaduais podem exercer a Jurisdição Federal na esfera penal referentes às seguintes matérias: 1 – genocídio; 2 – crimes contra a humanidade previstos no direito penal internacional; 3 - crimes de guerra; 4 – em outros casos que envolvam ações objetivando a perturbação da convivência pacífica dos povos; 5 – a defesa do Estado[437]. No caso da proteção à propriedade intelectual, cabe citar o Tribunal Federal de Patentes (*Bundespatentgericht*) fundado em 1961, com sede em Munique.

A independência e as garantias dos Juízes encontram-se reguladas no artigo 97 da LF, dispondo que os juízes são independentes e somente estão subordinados à lei (artigo 97, §1º)[438]. Além disso, no caso dos Juízes titulares e nomeados em caráter definitivo, o artigo 97, §2º, LF, prevê que esses somente poderão ser destituídos compulsoriamente, antes de terminado o prazo de exercício de suas funções, ou mesmo suspensos temporária ou definitivamente e transferidos ou aposentados contra a sua vontade por força de uma decisão

---

Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz. Diese Gerichte gehören zum Geschäftsbereich des Bundesjustizministers. Ihre hauptamtlichen Richter müssen die Befähigung zum Richteramt haben".

[435] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 96 – *"(3) Oberster Gerichtshof für die in Absatz 1 und 2 genannten Gerichte ist der Bundesgerichtshof".*

[436] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artgo 96 - *"(4) Der Bund kann für Personen, die zu ihm in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen, Bundesgerichte zur Entscheidung in Disziplinarverfahren und Beschwerdeverfahren errichten".*

[437] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 96 - *"(5) Für Strafverfahren auf den folgenden Gebieten kann ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates vorsehen, dass Gerichte der Länder Gerichtsbarkeit des Bundes ausüben: 1. Völkermord; 2. völkerstrafrechtliche Verbrechen gegen die Menschlichkeit; 3. Kriegsverbrechen; 4. andere Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören (Artikel 26 Abs. 1); 5. Staatsschutz".*

[438] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 97 – *"(1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen".*

judicial e apenas pelas razões e nas formas previstas em Lei[439]. Outrossim, igualmente a teor do artigo 97, §2º, LF, a legislação pode estabelecer limites de idade que, uma vez transcorridos, implicam a aposentação dos juízes nomeados em caráter vitalício, prescrevendo o mesmo dispositivo constitucional que nos casos de modificação da organização dos Tribunais ou sua respectiva Jurisdição, os Juízes poderão ser transferidos para outro Tribunal ou mesmo afastados do cargo, desde que assegurada a percepção de seus vencimentos integrais.

Ainda no concernente ao status legal dos Juízes, a LF, artigo 98, §1º, dispõe que essa deverá ser regulamentada por Lei Federal especial[440], cabendo à legislação especial dos Estados (artigo 98, §3º, LF)[441] regulamentar o regime jurídico dos Juízes estaduais, salvo determinação em contrário nos termos do artigo 74, §1º, número 27, da LF[442]. Note-se, ainda, que a nomeação dos Juízes estaduais poderá – artigo 98, §4º, LF – ser decidida pelo Ministro Estadual da Justiça, juntamente com uma comissão eleitoral[443].

A responsabilização (acusação e julgamento) dos Juízes Federais, nos casos de violação, no exercício de suas funções ou fora delas, dos princípios da LF ou da ordem constitucional de um Estado, se dá perante o TCF, que, mediante julgamento com maioria de dois terços de seus integrantes e por solicitação do Parlamento Federal, ordenar a transferência de cargo ou aposentação do Juiz acusado, podendo ordenar a perda do cargo quando se tratar de infração

---

[439] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 97 – *"(2) Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes".*

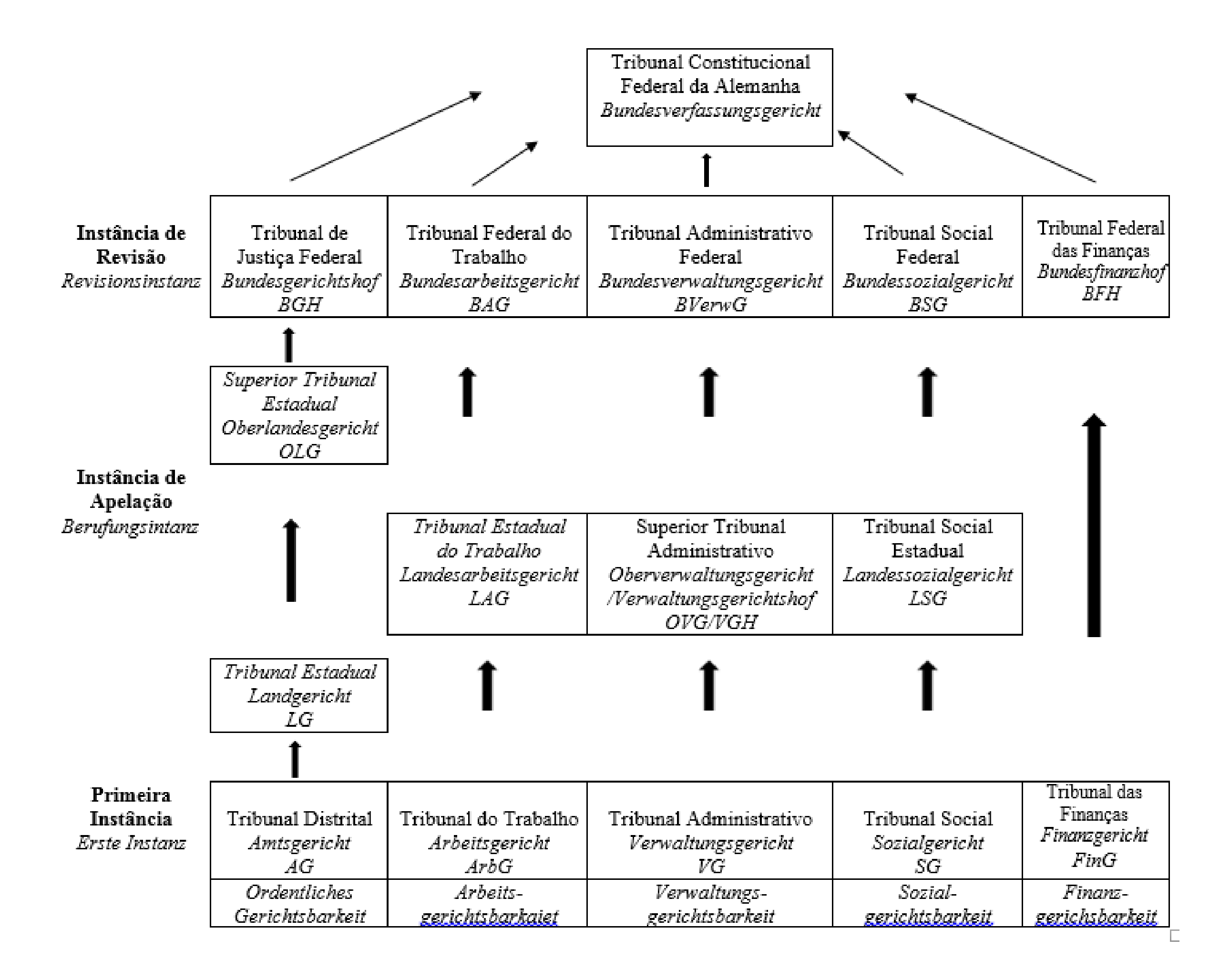
[440] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 98 – *"(1) Die Rechtsstellung der Bundesrichter ist durch besonderes Bundesgesetz zu regeln".*

[441] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 98 – *"(3) Die Rechtsstellung der Richter in den Ländern ist durch besondere Landesgesetze zu regeln, soweit Artikel 74 Abs. 1 Nr. 27 nichts anderes bestimmt".*

[442] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 74 – *"(1) - 27. die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung".*

[443] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 98 – *"(4) Die Länder können bestimmen, daß über die Anstellung der Richter in den Ländern der Landesjustizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß entscheidet".*

premeditada (artigo 98, §2º, LF)[444]. Em se tratando da responsabilização dos Juízes estaduais, cabe aos Estados estabelecer uma regulamentação correspondente a prevista para os Magistrados federais, sem prejuízo do direito constitucional estadual (artigo 98, §5º, LF). De acordo com o mesmo dispositivo da LF, a decisão relativamente à acusação de um Magistrado compete ao TCF[445].



[444] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 98 – *"(2) Wenn ein Bundesrichter im Amte oder außerhalb des Amtes gegen die Grundsätze des Grundgesetzes oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung eines Landes verstößt, so kann das Bundesverfassungsgericht mit Zweidrittelmehrheit auf Antrag des Bundestages anordnen, daß der Richter in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen ist. Im Falle eines vorsätzlichen Verstoßes kann auf Entlassung erkannt werden".*

[445] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 98 – *"(5) Die Länder können für Landesrichter eine Absatz 2 entsprechende Regelung treffen. Geltendes Landesverfassungsrecht bleibt unberührt. Die Entscheidung über eine Richteranklage steht dem Bundesverfassungsgericht zu".*

5.3.5.5 A Jurisdição Constitucional – O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)

A instituição de uma Jurisdição Constitucional e a correspondente criação do Tribunal Constitucional Federal – TCF, instalado na cidade de Karlsruhe e inaugurado festivamente em 28.09.195 com a presença do primeiro Presidente da Federação, Theodor Heuss, do Chanceler Federal, Konrad Adenauer e do Ministro-Presidente do Estado de Baden-Württemberg, Reinhold Maier, mas que já havia iniciado suas atividades em 07.09.51, consistiu em uma das grandes e absolutamente relevantes contribuições da Comissão Constitucional e do Conselho Parlamentar (que, como visto acima, exerceu as funções de uma Assembleia Constituinte), o que se confirmou já precocemente e ganhou em significado ao longo da trajetória existencial da LF.

Como nos relembra Jutta Limbach, ex-Presidente do TCF, nos discursos proferidos na ocasião, foi enfatizada a missão histórica da Corte em face do passado recente do totalitarismo nacional-socialista, de modo a resguardar a República Federal da Alemanha de um novo período de malversação e abuso de poder; além disso, vale mencionar a fala de Konrad Adenauer, pontuando ser uma tarefa do Tribunal a de reavivar no povo alemão o sentimento de que o Direito consiste no único e duradouro fundamento de um povo e da sociedade humana, ao que se soma a manifestação de Theodor Heuss, no sentido de reafirmar o compromisso formalmente enunciado pela LF para com os direitos humanos e a dignidade humana[446].

Outrossim, calha também invocar a fala proferida, na mesma ocasião, pelo primeiro Presidente do TCF, Hermann Höpker-Aschoff, advertindo em relação ao equívoco de que os embates políticos pudessem ser resolvidos mediante decisão judicial, sublinhando que ao Tribunal não caberia substituir ao Legislador, ademais de profetizar que frustrações não poderiam ser excluídas, visto que o TCF fora concebido como um guardião dos direitos fundamentais e não uma última Instância judiciária[447].

---

[446] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, München: C.H. Beck, 2001, p. 10.
[447] Ibidem, p. 11.

Levando em conta a trajetória constitucional pretérita da Alemanha, tal como já em parte explicitado quando da apresentação das Constituições da Igreja de São Paulo (1849) e de Weimar (1919), a ideia de uma jurisdição constitucional já tinha uma tradição, porquanto mesmo antes das Constituições referidas, já se falava nas virtudes de uma proteção judiciária em face dos que exercem o poder, ademais de experiências concretas nesse sentido, como, por exemplo, no âmbito dos Tribunais Imperiais do Sacro Império Romano-Germânico e em algumas ordens constitucionais – como na Confederação Alemã e em alguns Estados alemães -, embora uma Jurisdição Constitucional especializada de fato e de modo efetivo apenas tenha surgido com a criação e instalação do TCF[448].

Quanto a sua posição na arquitetura constitucional e, em especial, na esfera do esquema de organização dos poderes e funções estatais, o TCF ocupa – inclusive de acordo com a própria concepção do Tribunal (todavia alvo de importantes críticas [449]) - a condição de um órgão constitucional (*Verfassungsorgan*) autônomo e independente, dotado de funções jurisdicionais, integrado por Juízes somente submetidos à Constituição e às Leis[450].

Tal condição, contudo, em hipótese alguma situa o TCF sobre a LF, que precisamente lhe cabe assegurar e constitui o parâmetro e moldura para a sua atuação e decisões, ademais de ser um órgão criado e constituído pela Constituição, de tal sorte que a autoridade da Corte repousa na autoridade da LF, não assumindo – importa destacar – a condição de um "quarto Poder", muito embora tal qualificativo não raramente lhe seja atribuída[451].

Dito de outro modo, o TCF não é um órgão que tenha como função dirigir e fazer Política, mas sim, uma Instância de controle, que não pode agir por iniciativa própria e que, embora parte do Poder Judiciário, ocupa um *status* particular, porquanto, diferentemente dos demais Tribunais (inclusive Superiores) não se encontra vinculado ao Ministério da Justiça ou outra pasta, tendo autonomia

---

[448] Cf., por todos, SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen,* 8. ed., München: C.H. Beck, 2010, p.18.
[449] Ibidem, p. 20.
[450] Cf. por todos HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 1.
[451] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 20-21. No mesmo sentido, LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p.

administrativa e orçamento próprio e interagindo de igual para igual e de modo direito com os órgãos estatais, designadamente o Presidente Federal, o Governo Federal, o Parlamento Federal e o Conselho Federal[452].

Outro aspecto a destacar, ainda em caráter preliminar, é o fato de que o TCF – embora o foco do presente capítulo seja a Jurisdição Federal - não é o único órgão especializado no exercício da Jurisdição Constitucional, visto que os Estados da Federação também possuem suas respectivas Cortes Constitucionais, dotadas de autonomia e independência, o que inclusive é tido como um dos esteios da já referida estatalidade (*Staatlichkeit*) dos Estados na condição de entes federativos, cabendo aos mesmos decidir de modo autônomo sobre a criação, competências e procedimento de um Tribunal Constitucional[453].

Em termos gerais e em apertadíssima síntese, os Tribunais Constitucionais estaduais têm a competência de zelar pela autoridade da Constituição Estadual em relação ao direito estadual (controle de constitucionalidade das leis do Estado), podendo, contudo, ser questionada a conformidade da lei estadual (ainda que tida como constitucional em face da Constituição Estadual) com a LF, situação na qual os Juízes e Tribunais Estaduais, não sendo possível a interpretação conforme a Constituição, devem submeter a questão ao TC, de tal sorte que, ao fim e ao cabo, a regra é a de que os Tribunais Constituições dos Estados decidem de modo vinculativo sobre a constitucionalidade do direito estadual e o TCF sobre conformidade com a LF[454].

Note-se, outrossim, que as duas jurisdições constitucionais – federal e estadual – situam-se autonomamente uma ao lado da outra, salvo quando os eventuais remédios jurídicos no âmbito da jurisdição estadual forem subsidiários (assegurados apenas nos casos não incluídos na competência do TCF) e quando – na esteira do já referido – necessário zelar pela uniformidade de interpretação

---

[452] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 19, igualmente negando ao TCF a condição de um "quarto Poder".

[453] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 211-212. Cabe relembrar que todos os estados têm Tribunais Constitucionais. Embora os estados de Bremen, Hessen e Niedersachsen utilizem o termo Staatsgerichtshof, esses Tribunais possuem competências similares.

[454] Cf. HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. Verfassungsprozessrecht, op. cit., p. 300-323, onde a matéria das relações entre o TCF e os Tribunais Constitucionais dos Estados é apresentada com maior detalhamento,

da LF, que, no artigo 100, §3º[455], determina que os Tribunais Constitucionais Estaduais submetam o caso à decisão vinculativa do TCF nas hipóteses em que aqueles queiram julgar de modo diverso relativamente à prática decisória do TCF ou de um outro Tribunal Constitucional Estadual[456].

Além disso, é de se anotar que embora o poder de decisão em matéria de controle de constitucionalidade das leis esteja concentrado no TCF (ressalvada a competência dos Tribunais Constitucionais dos Estados), outros órgãos jurisdicionais encontram-se, a depender do caso, envolvidos no processo, como se verifica no âmbito do controle concreto de normas (artigo 100, §1º a §3º, LF)[457], hipótese na qual mesmo um Juiz/Tribunal de primeira Instância pode – de acordo com as regras constitucionais e legais pertinentes – efetuar uma intepretação conforme a Constituição, ou então, não sendo possível isso sem deixar de aplicar a lei e entendendo ser ela inconstitucional – suspender obrigatoriamente o andamento do feito e submeter a questão ao TCF[458].

Com isso e dado o monopólio do TCF no que diz com a declaração da inconstitucionalidade das leis supervenientes à LF e tendo essa como parâmetro, busca-se não apenas preservar a autoridade da lei, mas também assegurar uma jurisprudência uniformizada em matéria constitucional[459].

Antes de adentrar a esfera das competências e os diversos procedimentos atinentes ao exercício das funções do TCF, seguem algumas notas acerca da estrutura, organização, bem como da eleição e nomeação dos seus Juízes. A matéria encontra-se regulada em parte já na LF, mas com maior detalhamento

---

[455] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 100 – *"(3) Will das Verfassungsgericht eines Landes bei der Auslegung des Grundgesetzes von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen, so hat das Verfassungsgericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen"*.

[456] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 74-75.

[457] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 100 – "*(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt*".

[458] Cf. HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. Verfassungsprozessrecht, op. cit., p. 212-213.

[459] Ibidem, p. 213.

numa Lei Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*[460]) e no Regimento Interno da Corte, muito embora a Lei vá além dessas questões e regule também aspectos concernentes às competências, o processo e o procedimento, decisões e sua autoridade e tudo o mais que lhe diga respeito.

No que diz respeito à sua estruturação e organização interna, o TCF é composto por dois Senados, cada um integrado por oito Juízes, incluídos aqui o Presidente e Vice-Presidente da Corte[461]. O primeiro Senado se ocupa prevalentemente sobre litígios entre os cidadãos e o poder público, o segundo decidindo de modo preferencial sobre litígios constitucionais entre órgãos estatais, embora na sua formatação original, o primeiro Senado tivesse a atribuição de julgar reclamações constitucionais no âmbito da proteção de direitos fundamentais (era o "Senado dos Direitos Fundamentais"), o que, dado o grande volume de processos fez com que também o segundo Senado assumisse parte dessa competência[462].

No tocante à escolha dos Juízes, o artigo 94, LF, dispõe que o TCF é composto por Magistrados Federais e outros integrantes[463]. Três Juízes de cada

---

[460] ALEMANHA. *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG)*. 1951. Disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/BJNR002430951.html#:~:text=(1)%20Die%20Entscheidungen%20des%20Bundesverfassungsgerichts,F%C3%A4llen%20des%20%C2%A7%2013%20Nr.. Acesso em: 20 mar. 2021.

[461] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 15 - "*(1) Der Präsident des Bundesverfassungsgerichts und der Vizepräsident führen den Vorsitz in ihrem Senat. Sie werden von dem dienstältesten, bei gleichem Dienstalter von dem lebensältesten anwesenden Richter des Senats vertreten*".

[462] LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 20-21. A seguir, trascreve-se o artigo 14 da Lei do TCF que determina as competências de cada Senado. *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 14 – "*(1) Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts ist zuständig für Normenkontrollverfahren (§ 13 Nr. 6 und 11), in denen überwiegend die Unvereinbarkeit einer Vorschrift mit Grundrechten oder Rechten aus den Artikeln 33, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes geltend gemacht wird, sowie für Verfassungsbeschwerden mit Ausnahme der Verfassungsbeschwerden nach § 91 und der Verfassungsbeschwerden aus dem Bereich des Wahlrechts. Das Gleiche gilt, wenn eine Landesregierung zusammen mit einem Normenkontrollantrag (§ 13 Nr. 6) nach Satz 1 einen Antrag nach § 13 Nr. 6a oder 6b stellt. (2) Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts ist zuständig in den Fällen des § 13 Nr. 1 bis 5, 6a bis 9, 11a, 12 und 14, ferner für Normenkontrollverfahren und Verfassungsbeschwerden, die nicht dem Ersten Senat zugewiesen sind*".

[463] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Artigo 94 – "(1) Das Bundesverfassungsgericht besteht aus Bundesrichtern und anderen Mitgliedern. Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtes werden je zur Hälfte vom Bundestage und vom Bundesrate gewählt. Sie dürfen weder dem Bundestage, dem Bundesrate, der Bundesregierung noch entsprechenden Organen eines Landes angehören".* Esse artigo da Lei Fundamental foi regulado (também) pelo artigo 8º da Lei do TCF, que trata sobre o processo de indicação para ocupar o cargo no Tribunal.

Senado devem ser eleitos dentre Juízes dos Tribunais Superiores Federais, garantindo-se assim uma presença significativa de Magistrados de carreira de larga experiência, ao passo que os demais doze integrantes, embora não necessariamente Juízes de carreira, asseguram que – tendo em conta a função de controle de atos legislativos e executivos e, com isso, os respectivos reflexos na política e no governo – tais aspectos sejam também considerados, consoante, aliás, a advertência formulada por Carlo Schmid durante o labor da Comissão Constitucional de *Herrenchiemsee*, referindo-se a uma possível "deformação profissional"[464].

Qualquer pessoa que tenha completado 40 anos de idade e tenha logrado atingir, nos dois exames estatais relativos à formação jurídica completa, as notas necessárias para, em assim querendo, exercer a Magistratura, pode ser eleita[465]. Além disso, de acordo com o artigo 94, §1º, da LF, os candidatos não podem pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a órgãos correspondentes ao nível dos Estados[466]. O mandato dos Magistrados eleitos é de doze anos, vedada a recondução, sendo a idade limite de 68 anos[467].

Quanto ao processo eletivo dos Juízes, esses – artigo 94, §1º, LF – serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento e pelo Conselho Federal. No caso do Parlamento Federal, - contrariamente ao teor literal do artigo 94, LF[468] - a eleição é

Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Artigo 8º - "*(1) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz stellt eine Liste aller Bundesrichter auf, die die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 erfüllen. (2) Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz führt eine weitere Liste, in die alle Personen aufzunehmen sind, die von einer Fraktion des Bundestages, der Bundesregierung oder einer Landesregierung für das Amt eines Richters am Bundesverfassungsgericht vorgeschlagen werden und die die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und 2 erfüllen. (3) Die Listen sind laufend zu ergänzen und spätestens eine Woche vor einer Wahl den Präsidenten des Bundestages und des Bundesrates zuzuleiten*".

[464] Cf. também aqui LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit. p. 23.

[465] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 3º - "*(2) Sie müssen die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz besitzen oder bis zum 3. Oktober 1990 in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet die Befähigung als Diplomjurist erworben haben und nach Maßgabe des Einigungsvertrages einen gesetzlich geregelten juristischen Beruf aufnehmen dürfen*".

[466] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 3º - "(3) *Sie können weder dem Bundestag, dem Bundesrat, der Bundesregierung noch den entsprechenden Organen eines Landes angehören. Mit ihrer Ernennung scheiden sie aus solchen Organen aus*".

[467] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 4º - "*(3) Altersgrenze ist das Ende des Monats, in dem der Richter das 68. Lebensjahr vollendet*".

[468] A despeito de essa ser a prática há décadas, seguem existindo os que criticam o procedimento da eleição indireta por um grêmio com tão poucos integrantes. Nesse sentido, *vide*, SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 26.

atribuída a uma comissão eleitoral eleita pelo plenário, integrada por doze parlamentares, necessária uma maioria de dois terços dos votos para a eleição dos Juízes[469]. Já no da eleição pelo Conselho Federal, diferentemente do que se dá no Parlamento, os Juízes são eleitos pelo Plenário, também exigida uma maioria de dois terços.

Com a necessidade da obtenção de dois terços dos votos, o que se pretende é impedir que os partidos maiores possam impor o seu candidato preferido, necessária a confiança dos demais partidos, inclusive sendo praxe a ocorrência de acordos partidários com a proposição, pelos grandes partidos, de quatro nomes, buscando, contudo, a concordância do (s) partidos menores da coalizão[470].

Além disso, a maioria qualificada opera como um instrumento para a proteção das minorias, mas tem levado, no campo da prática política, a uma distribuição, em maior ou menor medida, das vagas entre os dois partidos proeminentes, de tal sorte que, no caso da saída de um Magistrado e necessidade de sua substituição, já se saber, em regra, qual partido (ou coalisão) está na vez de fazer valer a sua indicação; por tal razão, são as bancadas partidárias ou seus indicados, constituindo as assim chamadas comissões de busca, que formulam as sugestões para a ocupação das vagas no TCF, vindo a eleição ocorrer na maioria dos casos por unanimidade, o que, somado à exclusão – oficial! - de um debate público, coloca em risco a legitimidade do processo que poderá vir a ser limitado a um acordo entre duas forças políticas [471].

Aos Juízes é vedado o exercício de outras funções profissionais, salvo a do magistério na área jurídica. Importa sublinhar, nesse contexto, que – embora não cogente - a maior parte dos Juízes são escolhidos dentre juristas de expressão e que são professores catedráticos em Faculdades de Direito, variando é claro tal composição ao longo do tempo. Dentre tantos outros juristas de expressão, referem-se, em caráter ilustrativo, nomes como Konrad Hesse, Ernst-Wolfgang

---

[469] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 6º - "*(1) Die vom Bundestag zu berufenden Richter werden auf Vorschlag des Wahlausschusses nach Absatz 2 ohne Aussprache mit verdeckten Stimmzetteln gewählt. Zum Richter ist gewählt, wer eine Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, mindestens die Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt*".

[470] LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., loc.cit.

[471] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 26.

Böckenförde, Dieter Grimm, Jutta Limbach, Paul Kirchhof, Wolfgang Hoffmann-Riem, Roman Herzog, Udo di Fabio, Andreas Vosskuhle.

Não se tendo aqui a pretensão de discorrer em detalhes sobre cada uma das competências e tipo de ações/processos e respectivos ritos que aportam no TCF, é o caso, todavia, de esboçar uma rápida visão geral, que, a despeito da existência de preciosa literatura sobre o tema em língua portuguesa, será embasada em obras alemãs especializadas, deixando-se em nota de rodapé as referências aos autores brasileiros que mais se tem destacado nessa seara[472].

1 - O primeiro grande eixo de atuação do TCF é o da proteção dos direitos fundamentais, mediante o exercício da competência relativamente ao julgamento da Reclamação Constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) regulada no artigo 93, §1º, nº 4 a, LF[473], criada com o objetivo de assegurar ao indivíduo uma via processual apta e eficaz para acessar diretamente o TCF e com isso buscar a proteção dos seus direitos fundamentais na condição de direitos subjetivos individuais (existe, no âmbito do controle de normas, uma Reclamação Constitucional coletiva), com isso também fazendo valer de fato o disposto no artigo 1°, §3º, LF, no sentido de que as normas de direitos fundamentais vinculam de modo direito todos os poderes estatais[474]. Parâmetro de controle via Reclamação Constitucional, são, portanto, os direitos fundamentais e os direitos que lhes são equivalentes (artigo 20, §4º, bem como artigos 33, 38, 101, 103 e 104, já referidos acima), constituindo objeto do controle atos dos três órgãos estatais.

A exemplo do que se verifica em regra nos processos judiciais, também no TCF o processo e julgamento da reclamação judicial se dá em duas etapas, a fase do juízo de admissibilidade, quando são verificados os respectivos pressupostos, dentre os quais se destaca – em regra (pois há exceção) o necessário

---

[472] *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*: Artigo 92 – "*In der Begründung der Beschwerde sind das Recht, das verletzt sein soll, und die Handlung oder Unterlassung des Organs oder der Behörde, durch die der Beschwerdeführer sich verletzt fühlt, zu bezeichnen*". Para um maior aprofundamento nos estudos sobre o processo constitucional na Alemanha em língua portuguesa, v., em especial, MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, 6º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, e MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. 2 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.

[473] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 93, §1º - "*4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein*".

[474] Cf. HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*, op. cit., p. 32-33.

esgotamento das instâncias e oportunidades processuais judiciárias ordinárias (caráter subsidiário da Reclamação Constitucional), em como a legitimidade ativa, que pertence – em geral – ao indivíduo, seja na condição de pessoa natural, seja na condição de pessoas jurídica, a depender do caso, visto que – como já adiantado – também pessoas jurídicas podem ser titulares de direitos fundamentais. Outrossim, deve o pedido ser por escrito (mas não necessariamente de modo formal, cabendo mesmo fazê-lo por telegrama, telefax ou outro) e vazado em língua alemã demonstrar ter sido violado em direito próprio. O pedido deverá ser devidamente fundamentando, contendo pelo menos, além da identificação do autor, a descrição, com um mínimo de clareza: a) do ato do poder público impugnado; b) do (s) seu (s) - não de outrem - direito (s) fundamental (ais) violado e direto (s); c) das razões pelas quais entende que seu direito foi violado[475].

Um juízo preliminar de admissibilidade é realizado, em termos gerais, por uma das Câmaras compostos por três Juízes e criadas mediante uma das mudanças na Lei do Tribunal Constitucional. Sendo a decisão pela inadmissibilidade – há casos nos quais o TCF é obrigado a apreciar o feito - tomada por unanimidade, a Reclamação não é submetida ao julgamento de mérito, o que tem ocorrido na absoluta maioria dos casos, sendo tal decisão irrecorrível[476]; não tendo a decisão pela rejeição sido tomada por unanimidade ou tendo a Câmara admitido a Reclamação, cabe a um dos Senados – que não está vinculado à decisão da Câmara - o reexame dos requisitos e, sendo o caso, proceder ao julgamento do mérito[477].

Nesse contexto, é o caso de relembrar, em especial no que diz respeito ao julgamento das Reclamações Constitucionais que têm como objeto decisões judiciais, uma mais limitada margem de ação do TCF de modo a não assumir a

---

[475] Sobre aos requisitos de admissibilidade da Reclamação Constitucional *vide*, com maior detalhamento, dentre outros, HILLGRUBER e GOOS, op. cit., p. 34- 92; SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, op. cit. p. 133-163, bem como MARTINS, Leonardo. *Processo Constitucional Alemão*, op. cit.

[476] Note-se que também quando da análise do mérito da Reclamação Constitucional, o percentual de decisões favoráveis ao reclamante é muito baixo. Em 2020, dos 5.361 processos julgados, somente 111 decisões reconheceram o direito do reclamante, isto é, 2,07% do total. Para uma nálise mais detalhada sobre o número de julgados no TCF, *vide:* BUNDESVERFASSUNGSGERICHT. Jahresstatistik 2020. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 06 abr. 2021.

[477] Cf. SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, op cit., p. 165-173.

condição de uma super instância revisional [478], em qualquer dos casos restringindo-se ao exame de questões de relevância constitucional substancial[479]. Note-se, ainda nessa quadra, que no âmbito da Reclamação Constitucional o TCF não se ocupa da aplicação do direito infraconstitucional, coisa que é da competência das Instâncias judiciárias ordinárias, de tal sorte que àquele cabe decidir, no caso que lhe é submetido, se o Tribunal de origem considerou e aplicou de modo adequado as normas e os parâmetros dos direitos fundamentais, o que, por sua vez, justifica a necessidade, já lembrada, de esgotamento da via judiciária ordinária e a atuação subsidiária do TCF nesses casos[480].

Nessa mesma senda, sublinha-se que a Reclamação Constitucional, muito embora destinada a servir para a proteção dos direitos fundamentais na sua dimensão subjetivo-individual (com seu efeito casuístico de cassação quando interposta contra decisões de outros Tribunais, já que o TCF não julga o caso concreto originário em si), também cumpre uma outra função, porquanto, situando-se também na esfera de um controle concentrado por parte do TCF, opera de modo a exercer – dada a eficácia geral das decisões - uma espécie de efeito geral educativo e instrumento específico da integridade do direito constitucional objetivo[481]. Além disso, como pontua Jutta Limbach, mediante a possibilidade do manejo da reclamação constitucional, cada cidadã e cada cidadão foi erigido à condição de guardião da ordem constitucional, de tal sorte que é graças ao sentimento jurídico e espírito de resistência que o Tribunal pode vir – por agir apenas a partir de provocação – a cumprir sua função de proteção dos direitos fundamentais[482].

2 – *O controle da legitimidade constitucional de normas* (*Normenkontrolle*) representa outro bloco de atuação do TCF, ocorrendo sempre (preservada a competência similar relativa ao direito estadual dos Tribunais Constitucionais dos Estados) de modo concentrado, no âmbito do que se convencionou também designar de controle abstrato, ainda que, em nível de controle concreto, consoante

[478] Ibidem, p. 177 e ss.
[479] Ibidem, p. 173-176.
[480] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 37-38.
[481] Cf., novamente, SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op. cit, p. 173-174.
[482] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 36.

já referido, os demais Juízes e Tribunais possam realizar uma espécie de Juízo positivo (reconhecer a constitucionalidade da norma aplicada ou interpretá-la em conformidade com a LF), mas jamais negativo de constitucionalidade, devendo sustar o feito e submetê-lo ao crivo do TCF.

Uma primeira observação, comum às duas modalidades de controle, é que, diferentemente do que ocorre com a reclamação constitucional, é que se trata da tarefa cometida ao TCF no sentido de assegurar o primado e supremacia da LF e averiguar, nessa perspectiva, a legitimidade constitucional de leis e atos normativos, evidenciando-se, portanto, de modo contundente, o conhecido e tão discutido embate entre o poder legislativo e o poder dos Juízes (assim como entre Direito e Política)[483], assim como o igualmente e historicamente controvertido problema da legitimação democrática da jurisdição constitucional, da assim chamada judicialização da Política e politização da Justiça, temais sobre os quais já se verteram oceanos de tinta[484].

Sem que se possa aqui desenvolver o tema, o que se propõe, na sequência, dada a coexistência de ambas as possibilidades de controle, cada qual, contudo, a despeito dos elementos em comum, com suas peculiaridades relativamente à legitimação ativa e demais condições de admissibilidade, procedimento, julgamento, etc; uma sumaríssima apresentação de alguns dos principais elementos de cada uma delas.

No caso do *controle abstrato e concentrado de normas* (das *abstrakte Normenkontrollverfahren*), se está diante de um controle de natureza eminentemente objetivo, que se verifica de modo desvinculado de um determinado litígio em concreto, mediante o qual se busca afirmar o primado da constituição e assegurar a integridade da ordem jurídica[485]. Diferentemente do que se dá no caso do controle concreto, somente poderá ser submetido ao TCF por um número muito limitado de legitimados ativos, designadamente pelo Governo Federal ou pelos Governos estaduais, bem como por um pedido formulado por pelo menos um

[483] *Vide*, por todos, JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht,* Berlim: Suhrkamp, 2011.
[484] Cf. dentre tantos, LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 49.
[485] Cf., por todos, HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*, op. cit., p. 187.

quarto da maioria dos membros do Parlamento Federal (artigo 93, §1º, nº2, LF)[486], número de legitimados que não é passível de ampliação mediante interpretação ou analogia, como já decidido pelo próprio TCF[487].

Para não raros críticos o controle abstrato, acionado pelos órgãos empoderados pela LF, facilmente permite que os vencidos em embates políticos possam rever a deliberação política na esfera jurisdicional, além de existirem os que sustentam a desnecessidade de um controle dessa natureza, visto que um controle de normas pelo TCF pode ser levado a efeito mediante outros institutos, como é o caso da reclamação constitucional (que cabe até mesmo em relação a leis) ou do controle concreto de normas[488].

Ao passo que o parâmetro do controle é a LF, o seu objeto é diversificado, embora, ao fim e ao cabo, se trate sempre de um controle de normas. Assim, toda e qualquer legislação federal ou estadual em vigor, independentemente de sua hierarquia, pode ter sua consistência constitucional aferida pelo TCF, o que inclui, em caráter não exaustivo, as leis de alteração da LF, as regras gerais de direito internacional público integrantes do direito federal, o direito constitucional dos Estados, leis ordinárias federais e estaduais (incluindo leis em sentido apenas formal como as leis orçamentárias e leis de aprovação dos tratados internacionais), resoluções do Parlamento, normas infralegais, v.g., decretos e regulamentos, independentemente de tratar-se de direito anterior ou posterior à promulgação da LF[489].

Já no concernente ao *controle concreto de constitucionalidade de normas* (*konkrete Normenkontrolle*), que, como já pontuado, é também uma modalidade de controle concentrado, é aqui o caso de relembrar que cada Juiz e Tribunal é competente (tem o direito e o dever) de formular um juízo sobre a consistência constitucional de uma lei ou ato normativo, devendo, caso convencido da

---

[486] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 93, §1º - "2 - *bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages*". Esse artigo foi transcrito de modo idêntico na Lei do TCF (artigo 13).

[487] HILLGRUBER, Christian, op.cit, p. 189.

[488] Cf. LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*, op. cit., p. 50-52.

[489] Cf. SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p. 85-86.

inconstitucionalidade e, portanto, também da inviabilidade de uma interpretação conforme a constituição, de suspender provisoriamente o processo, submetendo a decisão (*Vorlagepflicht*) sobre a questão constitucional ao TCF, que, por sua vez, detém a competência e poder exclusivo de declarar, ou não, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade, caso assim o entender[490].

O controle concreto de normas ocupa, em termos quantitativos, o segundo lugar na constelação dos processos levados ao TCF, situando-se apenas após a reclamação constitucional, isto pelo fato de que em ambos os casos se trata de um acesso direto ao TCF, no caso da reclamação por parte de cada pessoa (natural ou jurídica) para defesa de seus direitos fundamentais, e, na hipótese de controle concreto, por cada Juiz (Tribunal) em cada processo, sem que seja – diferentemente do requisito da subsidiariedade da reclamação – necessário passar por uma instância superior[491].

Quanto ao objeto do controle concreto existem algumas diferenças relativamente ao controle abstrato que merecem referência, ao menos em termos gerais, sem pretensão de exaurir a matéria. Nesse sentido, o controle concreto não incide – de regra - sobre direito anterior à promulgação da LF, assim como não alcança as leis orçamentárias, abarcando, contudo, todas as leis federais e estaduais em sentido formal, incluindo leis de alteração da constituição, leis editadas em nível federal ou estadual (autorizadas pela LF ou Constituição Estadual) em substituição a decretos/regulamentos, bem como leis que têm por objeto a aprovação de tratados internacionais[492]

De subida importância (artigo 100, §1º, LF e §80, II, LTCF)[493], como condição de admissibilidade, o requisito da assim chamada relevância decisória (tradução

---

[490] Ibidem, p. 98-99.
[491] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op. cit., p.101. Conforme a Estatística Anual de 2020 (*Jahresstatistik*) feita pelo TCF, somando as decisões recebidas pelos 2 Senados, houve um total de 36 ações. Para uma análise completa do número de decisões recebidas pelo TCF, *vide*: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - *Jahresstatistik 2020*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 15 mar. 2021.
[492] Cf. HILLGRUBER, Christian, op.cit, p. 216 e ss.
[493]*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 93, §1º - "*(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des*

literal de *Entscheidungserheblichkeit*), de acordo com o qual cabe ao Juiz do processo demonstrar claramente (fundamentadamente) as razões pelas quais tem a norma por inconstitucional e porquê não é cabível, no caso, uma interpretação conforme, além de demonstrar, à luz da doutrina e jurisprudência, que o julgamento do processo teria um resultado diverso no caso da constitucionalidade (validade) da norma questionada do que na hipótese de sua invalidade (inconstitucionalidade)[494].

Uma vez remetida a questão ao TCF, este fará o juízo de admissibilidade, o que se dá mediante o julgamento por uma das Câmaras (não pelos Senados), podendo decidir pela ausência de fundamento da submissão, neste caso afirmando a constitucionalidade da norma, ou então, julgá-la procedente, declarando a sua inconstitucionalidade e invalidade ou simplesmente a sua incompatibilidade com a LF[495]. No caso de julgada improcedente a submissão e declarada a constitucionalidade da norma pelo TCF, o juiz do processo originário poderá reiterar a submissão quando esta for embasada na fundamentação da decisão do TCF e, à luz de novos fatos e argumentos, puder justificar de modo consistente uma nova decisão sobre a questão constitucional, em sentido diverso da primeira[496].

Note-se que o TFC julgará exclusivamente a questão atinente à inconstitucionalidade (invalidade) da (s) norma (s) tida (s) como inconstitucional (is), não decidindo, como já adiantado, o caso relativo ao processo de origem, de tal sorte que, após a decisão do TFC e sendo esta comunicada ao Juiz que efetuou a submissão, este determinará o regular andamento do feito, procedendo ao seu julgamento, estando, contudo, vinculado à decisão do TCF sobre a validade ou invalidade da norma questionada, ressalvada a possibilidade de outra suspensão quando o TCF tiver decidido que para a constitucionalidade da norma se torna uma

---

Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. Dies gilt auch, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes durch Landesrecht oder um die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetze handelt".
Bundesverfassungsgerichtsgesetz: §80, II – "*Die Begründung muß angeben, inwiefern von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gerichts abhängig ist und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm sie unvereinbar ist. Die Akten sind beizufügen*".
[494] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p. 107 e ss.
[495] HILLGRUBER, Christian, op.cit, p. 231-232.
[496] Ibidem, p. 232.

lei, situação na qual o Juiz do processo deverá aguardar a sua edição para então dar continuidade ao feito[497].

Uma terceira via – que aqui vai apenas genericamente referida - para o controle de constitucionalidade de normas previsto pela LF (artigo 100, §2º[498]) é o assim chamado processo de verificação de normas (*Normenverifikationsverfahren*), que guarda direta relação com o disposto no artigo 25, LF, que dispõe sobre a imediata incorporação das normas de direito internacional público à ordem jurídica interna, situando-se, em termos hierárquicos, entre a LF e o restante da legislação doméstica. Neste caso, assim como no controle concreto, deve existir um litígio nas instâncias ordinárias e a submissão da questão da constitucionalidade (das normas internacionais) ao TCF, caso existirem fundadas dúvidas por parte do juízo de origem no sentido da inconstitucionalidade[499].

A despeito de se tratar de instrumentos processuais distintos nos quais se leva a efeito o controle da legitimidade constitucional de atos normativos (controle concreto, abstrato, reclamação constitucional contra ato legislativo) a natureza da decisão do TCF e seus efeitos são os mesmos, porquanto idêntica a finalidade a ser alcançada, designadamente, um juízo sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas[500].

Assim, no que diz respeito ao controle de normas, tendo o TCF a competência exclusiva e concentrada de decidir, em caráter final e vinculativo, sobre a legitimidade constitucional de uma lei, ato normativo ou todo e qualquer ato (e mesmo omissão) do poder público que seja objeto do controle (dada a existência de diferenças, como visto acima) a decisão proferida pela Corte terá sempre força de lei (uma vez publicada no Diário Oficial da União – *Bundesgesetzblatt*), tendo, tendo efeitos gerais (*erga omnes*) e vinculando as

---

[497] Ibidem, p. 116
[498] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: Artigo 100 – *"(2) Ist in einem Rechtsstreite zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen*".
[499] Mas sobre o ponto, *vide* HILLGRUBER, Christian, op.cit., p. 237-250 e SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p.240 ss
[500] Cf. SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p. 241.

demais instâncias judiciárias, a administração pública e, em certa medida, o legislador; no caso de ser reconhecida a inconstitucionalidade de um ato normativo, a Corte pronunciará, em regra, a sua nulidade[501], afastando, de tal sorte, a presunção inicial em favor da constitucionalidade do ato normativo[502].

Todavia, embora a nulidade *ex tunc* e *ipso iure* seja a regra, retroagindo, sem necessidade de qualquer outro ato complementar, ao momento da edição do ato normativo, que, portanto, é nulo (inválido) *ab initio*, ao longo da judicatura do TCF – seja por força de decisões da própria Corte, seja em virtude de reformas legislativas – foi reconhecida à Corte a possibilidade de, em determinados casos, atribuir outros efeitos às suas decisões. Em caráter ilustrativo, citam-se aqui a pronúncia da nulidade com efeitos *ex nunc* (pró-futuro), a interpretação conforme a constituição, a declaração da mera incompatibilidade da norma com a LF sem a correspondente pronúncia da nulidade, a declaração da nulidade parcial, a possibilidade de apelar ao Poder Legislativo (as assim chamadas decisões apelativas – *Appellentscheidungen*) para que corrija a situação inconstitucional, etc[503].

3 – Num *terceiro eixo das competências do TCF*, sem adentrar aqui pormenores, encontra-se a decisão sobre conflitos federativos (entre a Federação e os Estados) – artigo 93, §1º e §3º, LF) onde está em causa assegurar a integridade e unidade federativa, assim como litígios entre órgãos estatais [504], nos

---

[501] SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p. 240-41.
[502] Cf. HILLGRUBER, Christian, op. cit., p. 200.
[503] Sobre o tema, *vide* SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan, op.cit., p. 240 e ss.
[504] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 93 – *"(1) Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: 1. über die Auslegung dieses Grundgesetzes aus Anlaß von Streitigkeiten über den Umfang der Rechte und Pflichten eines obersten Bundesorgans oder anderer Beteiligter, die durch dieses Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind; 2. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche und sachliche Vereinbarkeit von*
Bundesrecht oder Landesrecht mit diesem Grundgesetze oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrechte auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages; 2a. bei Meinungsverschiedenheiten, ob ein Gesetz den Voraussetzungen des Artikels 72 Abs. 2 entspricht, auf Antrag des Bundesrates, einer Landesregierung oder der Volksvertretung eines Landes; 3. bei Meinungsverschiedenheiten über Rechte und Pflichten des Bundes und der Länder, insbesondere bei der Ausführung von Bundesrecht durch die Länder und bei der Ausübung der Bundesaufsicht; 4. in anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen dem Bunde und den Ländern, zwischen verschiedenen Ländern oder innerhalb eines Landes, soweit nicht ein anderer Rechtsweg gegeben ist; 4a. über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, 33, 38,

quais o TCF decide sobre a interpretação da LF relativamente ao conteúdo e extensão das obrigações e direitos de um órgão superior da Federação.

4 – No quarto grupo de competências, situam-se o já referido processo e respectiva decisão sobre a proibição e dissolução de partidos políticos (artigo 21, §2º, LF) e a igualmente já mencionada decisão relativamente à declaração da perda de direitos fundamentais (artigo 18, LF).

5 – Finalmente, são ainda de referir a competência do TCF para julgar os processos contra o Presidente Federal (artigo 61, LF), as acusações formuladas contra Juízes (artigo 8º), e o processo de verificação da legitimidade jurídico-constitucional das eleições (artigo 41, §2º, LF).

5.4 A atualização do texto constitucional e a reunificação da Alemanha sob a égide da LF

Como também observado no início, o conteúdo da LF, em linhas gerais não foi objeto de alterações significativas, pelo menos não no sentido de uma revisão substancial que pudesse comprometer a identidade do texto original, ainda mais no concernente aos seus princípios estruturantes e no tocante aos direitos fundamentais.

As 64 Leis de Alteração da LF (equivalentes às emendas constitucionais nos sistemas norte-americano e brasileiro) editadas até Novembro de 2019 lograram êxito, em sua maioria, no sentido de promover ajustes necessários e adequarem a LF ao processo de mudança da realidade, sem violar a essência da Constituição, como uma ordem voltada à proteção e promoção da dignidade humana, dos direitos fundamentais, da Democracia e do Estado de Direito.

Apenas para destacar alguns momentos relevantes, nos quais foram realizadas mudanças constitucionais significativas (em termos quantitativos e

---

101, 103 und 104 enthaltenen Rechte verletzt zu sein; 4b. über Verfassungsbeschwerden von Gemeinden und Gemeindeverbänden wegen Verletzung des Rechts auf Selbstverwaltung nach Artikel 28 durch ein Gesetz, bei Landesgesetzen jedoch nur, soweit nicht Beschwerde beim Landesverfassungsgericht erhoben werden kann; 4c. über Beschwerden von Vereinigungen gegen ihre Nichtanerkennung als Partei für die Wahl zum Bundestag; 5. in den übrigen in diesem Grundgesetze vorgesehenen Fällen. (3) Das Bundesverfassungsgericht wird ferner in den ihm sonst durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig".

qualitativos), convém lembrar a questão do rearmamento e da participação alemã em conflitos armados, no âmbito de sua integração ao pacto da OTAN e posição na Guerra Fria (1956), o combate ao terrorismo, ao crime organizado e a defesa da ordem democrática (1968 e novamente na sequência dos episódios do 11 de Setembro de 2001), a inserção e abertura para a Europa, incluindo a transferência de prerrogativas de soberania para a União Europeia, as reformas na estrutura federativa, mas também e de modo especial os ajustes promovidos em função da reunificação alemã[505], posterior à queda do muro em Berlim.

De grande relevo foram as modificações do texto constitucional relacionadas com a inserção da Alemanha e as suas relações com a União Europeia, destacando-se, em primeira linha, a declaração de que

> com vista a realizar uma Europa unida, a República Federal da Alemanha participará do desenvolvimento da União Europeia, que está sujeita aos princípios do Estado de direito democrático, sociais e federativos, ao princípio da subsidiariedade e ao dever de assegurar o respeito aos direitos básicos (...)[506].

Com minudência se desenhou a relação entre Alemanha e a União Europeia, com foco em três pontos principais, nomeadamente: o Parlamento Federal e os Estados atuarão em questões que afetam a União Europeia. A participação alemã na União Europeia exigiu concepção de engenharia constitucional que cautelosamente tratou a questão da soberania, dispondo o artigo 23, §1º, LF, que "*a Federação poderá transferir, por meio de lei, direitos de soberania a organizações internacionais*".

Quando das discussões referentes ao ingresso da Alemanha na União Europeia, especialmente no contexto do Tratado de Maastricht, o tema da

---

[505] Para uma síntese dessa evolução, *vide*, por todos, VOSSKUHLE, Andreas, Presidente do Tribunal Constitucional Federal, na sua introdução ao texto da Lei Fundamental (*Grundgesetz*, 60 ed., München: C.H.Beck, 2011, p. XIX a XXVII).

[506] *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland:* Artigo 23 – "(1) *Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet*".

democracia foi novamente enfrentado[507]. A transferência de poderes e competências para a nova ordem europeia foi questionada perante o TCF[508]. Este, na ocasião, entendeu que a transferência de poderes e competências para entidades internacionais, a exemplo da União Europeia, era compatível com a LF e que não ofendia o princípio democrático, na medida em que havia autorização legislativa, por conta da assinatura e da decorrente internalização do tratado. Entretanto, decidiu-se que mesmo na reunião de Estados democráticos soberanos são os povos nacionais desses Estados-membros que devem legitimar as suas escolhas por meio de seus respectivos parlamentos nacionais e, por isso, o Parlamento alemão deve ter a competência para as tarefas de grande importância.

Nessa linha de competências do Estado-membro, cabe relembrar as decisões conhecidas como *Solange I*[509] e *Solange II*[510], palavra que, em alemão, significa "enquanto". Na primeira decisão, proferida em 1967, conforme a ementa do julgado, o TCF decidiu que seria de sua competência exercer o controle de constitucionalidade das normas advindas do direito comunitário enquanto não houvesse um órgão político eleito democraticamente (Parlamento Europeu) e enquanto não houvesse um catálogo de direitos fundamentais que garantisse um nível de proteção equiparável aos direitos presentes na Lei Fundamnetal Alemão. Após o preenchimento desses requisitos e em vista da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia assegurar uma adequada proteção dos direitos fundamentais, em 1986, o TCF decidiu, por meio da decisão conhecida como *Solange II,* que ele não mais exerceria a revisão desses direitos por meio do controle de constitucionalidade.

Nessa seara de relações do Estado Alemão com a União Europeia, é mister recordar o famoso julgamento conhecido como *Lissabon Urteil*[511], no qual foi discutida a constitucionalidade do Tratado de Lisboa que alterou o Tratado da União Europeia. Os reclamantes afirmavam que tal Tratado ultrapassou a

[507] Conferir, entre outros, BORCHARD, Klaus-Dieter. *Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union,* Heildelberg: C. F. Müller Verlag, 2006.
[508] BVerfGE 89, 155- *Maastricht-Urteil*.
[509] BVerfGE 37, 271 - *Solange I*
[510] BVerfGE 73, 339 - *Solange II*
[511] BVerfGE 123, 267 - *Lissabon*

legitimação democrática concedida à União Europeia. Em sua decisão, o TCF reconheceu a sintonia do Tratado com a LF, mas entendeu que a sua incorporação deveria ratificada por meio de uma lei a ser aprovada pelo *Bundestag* e pelo *Bundesrat,* ou seja, pelas duas camâras do Parlamento alemão. Assim, embora tenha decidido pela constitucionalidade, o TCF deixou claro, que a unificação europeia e a adesão ao Tratado de Lisboa, não impede a existência de um espaço suficiente aos Estados membros no sentido de salvaguardar a sua identidade constitucional, em especial no que diz respeito aos princípios estruturantes e direitos fundamentais[512].

5.5 A "queda do muro", a reunificação e a adoção da Lei Fundamental de 1949 como Constituição da Alemanha unificada

Quarenta anos depois de promulgada LF para a então República Federal da Alemanha Ocidental, caiu o muro de Berlim e as fronteiras, que para muitos já eram tidas como definitivas, deram lugar ao processo de reunificação. A LF, outrora vista como símbolo da própria divisão, seguiu em vigor, assumindo agora o papel de Constituição da Alemanha unificada, muito embora tal processo tenha sido objeto de alguma controvérsia, visto que não faltaram vozes clamando pela convocação de uma Assembleia Constituinte ou, pelo menos, propondo a realização de uma consulta popular.

De qualquer sorte, é preciso recordar que a própria LF previa expressamente dois caminhos, pois ao passo que no artigo 23 estava prevista a possibilidade de adesão de novos estados à Federação, o artigo 146 permitia a substituição da LF por uma nova Constituição, por meio da decisão livre e soberana do povo alemão, simultânea à formação de um novo e unificado Estado, ainda que o segundo caminho, embora tenha levado até mesmo à apresentação de um projeto de

---

[512] Sobre as relações entre a União Europeia e a ordem jurídico-constitucional alemã na perspectiva da LF, v., por tantos, os comentários ao artigo 23 da LF de STREINZ, Rudolf. Verwirklichung der Europäischen Union, in: SACHS, Michael (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 8ª ed., 2918, p. 941-982, onde também se encontram considerações acerca do conteúdo e alcance do Lissabon Urteil do TCF.

constituição por parte de um grupo de professores e intelectuais, não apresentasse a mínima viabilidade política[513].

Nesse contexto, é possível aderir ao pensamento de Christoph Möllers, quando afirma que a LF acabou exercendo um papel duplo e peculiar no processo da unificação alemã, pois operou tanto como marco regulatório de tal processo, quanto serviu de argumento político, visto que o próprio TCF compreendia a unificação como constituindo uma meta política irrenunciável, mas especialmente pelo fato de que a LF – e aqui a essência do argumento político - já havia, a tal altura da evolução, logrado plena afirmação como uma constituição muito bem sucedida, de tal sorte que os antigos integrantes do Conselho Parlamentar que consideravam provisória a condição jurídica da Alemanha dividida, mas não provisório o conteúdo da LF, tinham mesmo razão[514].

Por outro lado, ainda que o caminhado trilhado tenha sido o do desaparecimento, como Estado, da antiga República Democrática da Alemanha (DDR) e a adesão dos estados alemães orientais à República Federal da Alemanha, sob a égide da LF, a unificação, como processo fundado na e regulado pela e com base na ordem constitucional vigente da LF, ensejou algumas discussões importantes do ponto de vista político-constitucional e também exigiu algumas alterações relevantes do texto constitucional, no âmbito de uma revisão constitucional, engendrada por diversas leis de alteração.

Do ponto de vista jurídico-político, a reunificação acabou sendo efetivada mediante um “contrato”, uma espécie de pacto entre duas partes, o que, por sua vez, não quedou imune a críticas, pois apesar do argumento de que uma nova Constituição não teria tido o condão de alterar substancialmente o processo, também é de se ponderar que isso demonstra o quanto era fraca a intenção dos envolvidos de criar uma nova e realmente conjunta ordem política[515].

---

[513] Cf. a lembrança de MÖLLERS, Christoph, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, op. cit., p. 82.
[514] Cf. Christoph MÖLLERS, *Das Grundgesetz*, op. cit., p. 81-82, agregando, outrossim, que para os alemães ocidentais não se colocava qualquer necessidade de uma nova constituição, ao passo que os alemães orientais tinham, em geral, outras preocupações.
[515] Aqui novamente a arguta observação de MÖLLERS, Christoph, *Das Grundgesetz*, op. cit., p.83-84.

As condições estipuladas pelo contrato de unificação (*Einigungsvertrag*), de 31.08.90, foram convertidas em direito constitucional positivo por meio da 36ª Lei de Alteração da Lei Fundamental, de 23.09.90, ajustando-se o preâmbulo e revogando-se a antiga formulação do artigo 23, tendo o processo de unificação sido concluído na noite do dia 2 para o dia 3 de outubro de 1990.

Pelo lado da Alemanha Oriental, a desconstituição do Estado e a adesão à República Federal da Alemanha, sob a égide da Lei Fundamental de 1949, foi decidida mediante um processo protagonizado pela Câmara Popular (*Volkskammer*) da DDR, por meio de Resolução de 23.08.90, seguida de uma Lei aprovada por maioria qualificada (a maioria exigida para aprovação de emendas constitucionais) pela Câmara Popular e pelas duas casas do Parlamento (21.09. 90), que ratificou a decisão.

Nesse sentido, como bem observa Hans Vorländer, o Pacto de Unificação teve natureza desconstitutiva para a República Democrática Alemã, embora paralelamente tenham sido constituídos cinco novos estados no território que antes correspondia ao espaço físico do Estado da Alemanha Oriental, estados que, logo após a unificação, receberam suas respectivas constituições, elaboradas pela primeira legislatura estadual, eleita em 14.10.90[516].

Na sequência do processo de unificação e já sob a égide da LF, por força de uma comissão constitucional conjunta composta por integrantes das duas casas do Parlamento Federal, convocada por força do artigo 5º do Contrato de Unificação, foram promovidas outras alterações, como foi o caso do dever estatal de promover a igualdade de condições para homens e mulheres, a proibição de discriminação das pessoas com deficiência, a inclusão, no artigo 20, do objetivo estatal de proteger as bases naturais da vida (proteção ambiental), além de alterações no estatuto organizatório[517]. A tentativa de inserir alguns direitos sociais, ou, pelo menos, normas impositivas de tarefas em matéria de moradia, trabalho, saúde, etc., por sua vez, não logrou sucesso no âmbito do debate político, muito embora vários dos então novos estados alemães contemplassem (e

---

[516] Cf. Hans VORLÄNDER, *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, op. cit., p. 95.
[517] Cf. a síntese de Andreas VOSSKUHLE, *Grundgesetz*, op. cit., p. XXIII.

passassem a contemplar) tais normas e mesmo direitos fundamentais sociais nas suas respectivas constituições estaduais.

Dentre outros importantes julgamentos do TCF envolvendo questões decorrentes da reunificação, é de se destacar dois casos nos quais estava em causa a possibilidade de se julgar e punir agentes da antiga República Democrática Alemã, em virtude de atos por eles praticados e que na República Federal da Alemanha são criminalizados e passíveis de punição.

O primeiro caso versa sobre a pretensão de punição, por parte da Alemanha reunificada, de espiões alemães da antiga Alemanha Oriental[518]. Em pauta estava a dúvida se esses espiões poderiam ser julgados e punidos com base em lei criminal da Alemanha Ocidental (e à época do julgamento vigente em toda a Alemanha), a qual, à época dos fatos, não vigia na Alemanha Oriental. As ações de espionagem foram realizadas a partir do território oriental, mas seus efeitos concretos ocorreram no lado ocidental, destacando-se que na perspectiva da antiga Alemanha Oriental tais ações de espionagem eram absolutamente legais, mas, no que diz com o Direito da Alemanha Ocidental, onde se verificaram os seus efeitos, as práticas eram criminalizadas por força de legislação em vigor antes de sua ocorrência.

Havia expectativa dos acusados, no sentido de que não seriam punidos, porque teriam agido de acordo com a legislação vigente à época dos fatos. O TCF, contudo, não aceitou esse argumento, porquanto havia lei válida na Alemanha Ocidental e o desaparecimento da ordem legal da Alemanha Oriental atraía a aplicação da lei vigente na Alemanha Ocidental, razão pela qual a Corte entendeu que não se tratava de retroatividade da lei. No entanto, alguns dos réus foram absolvidos porque se entendeu serem desproporcionais as penas que se pretendia aplicar[519].

O segundo caso, assim chamado de caso dos guardas do muro (*Mauerschützenfall*), versou sobre a conduta de guardas da antiga Alemanha Oriental, que, seguindo ordens e a legislação então vigente, atiraram em pessoas

[518] BVerfGE 92, 277- *DDR- Spione.*
[519] Cf. HUMMER, Waldemar; MAYR-SINGER, Jelka. Der "deutsche Sonderweg" bei der Aufarbeitung von SED-Unrecht: Vergangenheitsbewältigung durch Strafjustiz. *Zeitschrift für Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, n.54, 2000, p.62.

que fugiam para o lado ocidental[520]. Com a reunificação, os antigos guardas foram julgados de acordo com as leis válidas na Alemanha Ocidental, agora de aplicação geral. Com base no princípio de que não há punição sem prévia lei que defina o crime (*nulla poena sine praevia lege*) os soldados se defenderam, firmes na convicção de que agiram dentro da mais absoluta legitimidade e legalidade, questão não era nova no imaginário e na prática jurisdicional alemã. Em decisão disputadíssima, o TCF entendeu que o reconhecimento internacional de direitos humanos impedia, condenava e criminalizava essa prática, pelo que se confirmou que o assassinato de fugitivos jamais poderia se configurar como um direito legítimo ou justo[521].

5.6 Algumas notas sobre o impacto da Lei Fundamental sobre o constitucionalismo brasileiro

A trajetória "existencial" da Lei Fundamental, que hoje ocupa papel de destaque inquestionável e incensurável no panorama constitucional contemporâneo, se já se revelava vitoriosa antes da reunificação, agora alcançou sua expressão máxima, revelando, entre outras virtudes, uma legitimidade sem precedentes, ao menos para o caso alemão, mas também exemplar em termos comparativos, o que, por sua vez, demonstra que até mesmo alguma deficiência evidente em termos de legitimação democrática originária (considerados os padrões tidos como ideais), pode, a depender das circunstâncias, vir a ser amplamente compensada mediante um processo de permanente reconstrução da legitimidade.

De outra parte, constata-se a oportunidade das lições de Peter Häberle, quando nos fala da necessidade de contínua reafirmação do Estado Constitucional[522], o que, à evidência, se revela como mais fácil quando se atinge níveis expressivos de confiança da população no projeto constitucional e nas

---

[520] BVerfGE 95, 96- *Mauerschützen.*
[521] Cf. DREIER, Horst. Gustav Radbruch und die Mauerschützen. *Juristen Zeitung*, n.52, maio 1997, p.428.
[522] Cf. HÄBERLE, Peter. *Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus*. In: EUGRZ 2006, p. 537.

instituições que devem atuar na sua concretização, especialmente quando se instaura aquilo que, de acordo com a terminologia cunhada na própria Alemanha, passou a ser designado de "patriotismo constitucional"[523], ainda que nem a todos comunguem do entendimento de que de fato se possa falar num tal "patriotismo" embora tal negativa não coloque necessariamente em causa a legitimidade democrática da ordem constitucional[524].

Mas se é correto afirmar que um bom texto, suficientemente aberto e representativo dos projetos e anseios de determinada sociedade política, constitui uma das garantias para o sucesso de uma ordem constitucional, também é correto afirmar que sem a correspondente "*vontade de Constituição*" (Hesse) e sem o labor fecundo dos órgãos constitucionais, com destaque para a jurisdição constitucional (sem que aqui se esteja a desconsiderar o peso da estabilidade econômica e institucional, bem como do processo político), o texto constitucional tende a se tornar obsoleto ou mesmo acaba destituído de normatividade efetiva. É, portanto, um conjunto de diversos fatores que explica o sucesso ou fracasso de uma ordem constitucional, razão pela qual se assume aqui o ônus da simplificação.

O sucesso da LF não se afere, todavia, apenas pelo seu significado para o Estado e para o Povo da Alemanha (ainda que se queira discutir o quanto é possível falar em um autêntico "*patriotismo constitucional alemão*"), mas adquire um sentido mais abrangente, quando se avalia a influência do constitucionalismo alemão contemporâneo sobre outras ordens jurídicas. Nesse particular, sem prejuízo da evidente importância da LF para um expressivo número de outros Estados Constitucionais (o que se identifica tanto em termos de direito constitucional positivo, quando tem termos doutrinários e jurisprudenciais), de tal sorte que, juntamente com o constitucionalismo norte-americano, a LF de 1949 pode ser tida hoje como a Constituição mais influente - ou pelo menos uma delas --, em termos de direito comparado e recepção por outras ordens jurídicas -, no

---

[523] Cf. a expressão cunhada e difundida por STERNBERGER, Dolf. "*Verfassungspatriotismus*", Schriften. Vol. X. Frankfurt am Main: Insel Verlag, 1990, p. 13-17.

[524] Nesse sentido, *vide*, por todos, negando categoricamente a existência de um patriotismo constitucional na Alemanha da Lei Fundamental, MÖLLERS, Christoph, *Das Grundgesetz. Geschichte und Inhalt*, op. cit., p. 115 e ss.

âmbito da evolução constitucional contemporânea, o que nos move aqui é tecer algumas considerações sobre a influência da LF para o direito constitucional brasileiro.

Quanto a este ponto, uma primeira constatação poderá ser a de que a importância em termos textuais, ou seja, da transposição para o texto constitucional brasileiro de dispositivos da LF, não é assim tão expressiva. Talvez mesmo o modelo da Constituição de Weimar, de 1919, seja, em termos textuais, até mesmo mais próximo, considerando especialmente a presença de normas definidoras de fins e tarefas estatais em matéria de justiça social, a função social da propriedade, o objetivo de assegurar uma existência digna como ideia-força da ordem constitucional econômica, entre outros, aspectos que já vinham se fazendo presentes no constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1934. Porém, a despeito da maior ou menor proximidade quanto ao teor literal dos dispositivos constitucionais (até mesmo pelo fato de a falta de identidade absoluta não afastar a influência também neste particular), é no plano da evolução doutrinária e jurisdicional que se pode melhor avaliar a repercussão e a atualidade da ordem constitucional da Alemanha, sob a égide da LF, não apenas, mas também e para o que nos interessa para efeitos deste ensaio, para o constitucionalismo brasileiro pós-1988.

Mesmo na Alemanha, não fosse o labor da doutrina e da jurisdição constitucional, seguramente a trajetória não teria sido a mesma no que diz com o prestígio da LF. Por outro lado, não tivessem seus autores insistido na criação de uma sólida jurisdição constitucional, representada pelo TFC, cuja atuação fecunda e amplamente reconhecida na esfera pública, guarda relação com o modo de recrutamento dos magistrados, mas acima de tudo com um bem construído sistema de competências, na relação com os demais órgãos estatais e com um adequado modelo de controle de constitucionalidade, talvez o resultado, por melhor que seja o texto da LF, tivesse sido substancialmente diverso.

Igualmente importante tem sido o papel crítico e criativo da doutrina constitucional, até mesmo em virtude do saudável diálogo e recíproca influência entre a jurisdição constitucional e a Academia, o que se constata tanto pelo criterioso exame da jurisprudência por parte da doutrina, seja pela sensibilidade

dos magistrados do TFC em relação aos aportes vindos do meio acadêmico, tudo concorrendo para uma relação altamente produtiva, ainda que não isente de tensões.

Também o direito constitucional brasileiro, designadamente no período mais recente, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e com maior incidência na última década, tem experimentado uma crescente influência por parte da LF, em especial por força do impacto da doutrina e da jurisprudência constitucional. São vários os fatores que explicam tal fenômeno. Certo é que a principal porta de entrada para o direito comparado tem sido a receptividade por parte da doutrina e jurisprudência nacional. No plano doutrinário, além de um aumento expressivo de doutoramentos, pós-doutoramentos e pesquisas realizados por brasileiros na Alemanha, também se constata um crescimento considerável no que diz com o número de obras de direito constitucional da Alemanha traduzidas para o português, o espanhol e o italiano, que, de forma compreensível, são (ainda) as línguas estrangeiras mais citadas no meio acadêmico nacional, juntamente com o francês e o inglês.

A própria importação indireta de categorias do direito constitucional alemão, por meio da doutrina portuguesa, espanhola e italiana, igualmente bastante receptiva à produção alemã, ocupa um lugar de destaque neste processo. Com efeito, atualmente, bastaria um olhar sobre o direito comparado, para que se possa afirmar que a doutrina e jurisprudência constitucional alemãs, notadamente sob a égide da LF, têm contribuído decisivamente para a gradativa construção de uma gramática constitucional comum (pelo menos em alguns campos sensíveis do direito constitucional) ou do que alguns têm designado de um direito constitucional comum. Que o Brasil acabaria de algum modo sendo afetado por tal movimento, ainda mais considerando o perfil do projeto constitucional de 1988, já era de se esperar. Vejamos, portanto, alguns aspectos a respeito de o quanto e como tem operado este diálogo.

Para além da importância inequívoca da doutrina constitucional alemã para a teoria da Constituição de um modo geral, é seguramente no campo da teoria e práxis dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade, sem prejuízo dos importantes contributos em

outras áreas (federalismo, ordem econômica e social, etc.) que se situam os pontos de contato mais importantes e onde mais se tem processado o fenômeno da importação de categorias oriundas ou mais desenvolvidas no direito constitucional alemão.

Se tomarmos como referência apenas a cada vez mais difundida aceitação da dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, acompanhada das suas respectivas funções e consequências jurídicas, recepcionada também pelo STF, já se justificaria uma resposta afirmativa à indagação sobre o "se" da influência da Lei Fundamental sobre a ordem constitucional brasileira. Neste particular – da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como categoria difundida no constitucionalismo brasileiro – podem ser destacados pelo menos três desenvolvimentos, que comprovam o elevado grau de influência já apontado: a) a inserção, na esfera da assim designada constitucionalização do Direito, do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mediante recurso direto à doutrina e jurisprudência alemãs, embora trilhando caminho substancialmente diverso, visto que, no Brasil, prevalece o entendimento em prol de uma eficácia em princípio direta; b) A recepção – mais recente – da noção de deveres de proteção estatais e da correlata proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem alguns), já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal; c) A crescente aposta na assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e seus diversos reflexos, em particular mediante a aplicação de tal perspectiva ao processo civil, sem prejuízo de avanços em outras searas.

Ainda, a sempre criticada, mas necessária e saudável - salvo ajustes importantes, designadamente no que diz com o rigor metodológico - difusão da aplicação, no plano do controle das restrições de direitos fundamentais, do princípio da proporcionalidade, tal qual compreendido na dogmática alemã (como exigindo um controle da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e da correlata noção – técnica – da ponderação, como critério de solução de conflitos entre direitos fundamentais, igualmente merece destaque.

Da mesma forma, merece menção a noção da necessária salvaguarda do núcleo essencial como outro limite dos limites em matéria de direitos

fundamentais, assim como o controle das emendas constitucionais na base das assim designadas "cláusulas pétreas", por sua vez também associado à proteção do assim designado núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Além disso a relevância da distinção, no plano da dimensão subjetiva, entre a dimensão prestacional e defensiva (apesar da conexão entre ambas as esferas) dos direitos fundamentais, assim como as teorizações e aplicações, ainda que muitas vezes distorcidas (o que evidentemente não ocorre apenas entre nós) a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana e do assim chamado mínimo existencial, não poderiam ser relegadas a um plano secundário, visto que amplamente utilizadas na esfera jurisprudencial, mas em especial no âmbito da doutrina constitucional brasileira.

Também em matéria de direitos sociais (e não apenas na seara de um mínimo existencial) a influência alemã é manifesta, seja para efeitos de aplicação das categorias já referidas, seja na utilização (nem sempre adequada) de formulações como a "*reserva do possível*", a noção de proibição de retrocesso social, dentre outras, todas inquestionavelmente incorporadas ao debate nacional. Da mesma forma, a qualificação da discussão sobre outros aspectos ligados aos direitos fundamentais, como é o caso da titularidade por parte das pessoas jurídicas, da tutela após a morte, assim como sobre o regime jurídico dos direitos de personalidade, seja de forma direta, seja mediante a leitura de autores de outros países, constituem frentes onde se revela de forma particularmente evidente a influência alemã.

Em plano conexo, visto que sem o fortalecimento da jurisdição constitucional e do sistema de controle de constitucionalidade, boa parte dos aspectos já citados teriam tido impacto consideravelmente menor, pode ser situada a relevância, para o Brasil, do "*modelo germânico*" de jurisdição constitucional. Aqui também, não fosse o intenso labor de importantes setores da doutrina, que impulsionaram a inserção gradativa de elementos do sistema germânico, boa parte das importantes conquistas, seguramente não apenas no que diz com a importação de categorias e institutos do direito constitucional alemão, talvez não tivessem sido possíveis ou pelo menos não da forma como vieram a ocorrer. Basta citar a previsão do *amicus curiae*, da técnica da

interpretação conforme a constituição e suas variações, da manipulação dos efeitos na esfera do controle de constitucionalidade, da categoria do processo objetivo (ainda que nem sempre bem compreendida e manejada), para que se perceba a extensão e o caráter praticamente permanente (embora ajustes de rota seguramente venham a ocorrer) da influência do constitucionalismo de matriz germânica entre nós.

Não sendo nosso propósito esgotar a relação de tópicos onde se manifesta com particular agudeza a influência da LF (considerada no seu conjunto, incluindo a evolução doutrinária e jurisprudencial) entre nós, um breve balanço se impõe. Com efeito, ao que tudo indica, se a avaliação, em termos de um juízo de valor positivo ou negativo, tende seguramente a pender em favor da primeira alternativa, visto que inquestionável a qualificação do debate jurídico-constitucional no Brasil a partir da consideração dos aportes oriundos da Alemanha, também é certo que segue correta a percepção, cada vez mais compartilhada entre nós, de que uma importação direta e acrítica de categorias argumentativas e institutos jurídicos estrangeiros, sem a devida filtragem e contextualização, muitas vezes resulta em distorções que devem ser evitadas.

O que se espera é que o diálogo Brasil-Alemanha siga fecundo, ganhando em qualidade crítico-reflexiva, de tal sorte essa aproximação seja um símbolo de que a afirmação gradativa do modelo do Estado Constitucional (portanto, do Estado Democrático de Direito) constitui de fato uma tendência irreversível.

REFERÊNCIAS

AGAMBEM, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005. Tradução do italiano para o português de Iraci D. Poleti.

AGAMBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz.* São Paulo: Boitempo, 2008. Tradução de Selvino J. Assmann.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2002. Tradução do alemão para o espanhol de Ernesto Garzón Valdés.

AMADO, Gilberto. *Tobias Barreto.* Ariel: Rio de Janeiro, 1934.

AMADO, Juan Antonio García. *A Lista de Schlinder, sobre abismos que o Direito dificilmente alcança.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. Tradução de Ricardo Menna Barreto e Germano Schwartz.

ANSCHÜTZ, Gerhard; THOMA, Richard. *Handbuch des deustschen Staatsrechts.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

ARENDT, Hanna. *Homens em tempos sombrios.* Lisboa: Relógio D'Água, 1991. Tradução de Ana Luísa Faria.

ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarism.* New York: Harvest Book, 1976.

ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico.* São Paulo: Martins Fontes, 1993.

AUBEL, Tobias. *Der verfassungsrechtliche Mutterschutz: Ein Beitrag zur Dogmatik der Leistungsgrundrechte am Beispiel des Art. 6 Abs. 4 GG*. Berlim: Duncker e Humblot, 2003.

BACHOFF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?.* Coimbra: Almedina, 1994.

BARREAU, Jean-Claude. *Toute l'Histoire de France L'Essentiel.* Paris: Toucan, 2011.

BARRETO, Luiz Antônio. *Tobias Barreto, a Abolição da Escravatura e a Organização da Sociedade.* Recife: Sociedade Editorial de Sergipe,1988.

BAUER, Hartmut. Art. 20 (Bundesstaat). In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

BÄCKER, Alezandra. Parteienrecht im Spiegel der Rechtsprechung: Chancengleichheit. In: *Zeitschrift für Parteienwissenschaften*, ano 26, n.1, 2020.

BEISER, Frederick. *Hegel.* New York and London: Routledge, 2006.

BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht. In: BENDA, E.; MAIHOFER W.; VOGEL, H. J. (Org.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994.

BENDA, Ernst. Der soziale rechtsstaat. In: BENDA, E.; MAIHOFER W.; VOGEL, H. J. (Ed.). *Handbuch des Verfassungsrechts*. vol. I. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1984.

BENDIX, Reinhard. *Max Weber- An Intelectual Portrait*. Berkeley: University of California Press, 1984.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente- Atualidade de Weimar.* Rio de Janeiro: Azougue Territorial, 1994.

BERCOVICI, Gilberto (Coord.), *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019*), São Paulo: Quartier Latin, 2020.

BEVILÁQUA, Clóvis. *História da Faculdade de Direito do Recife*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1977.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico.* São Paulo: Ícone, 1995.

BOERNER, Peter. *Goethe.* London: Haus Publishing, 2004. Tradução para o inglês de Nancy Boerner.

BONA, Dominique. *Stefan Zweig- uma Biografia.* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999. Tradução do francês para o português de Carlos Nougué e João Domenech Oneto.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil.* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BÖNISCH, Georg; WIEGREFE, Klaus (org.). *Die 50er Jahre- vom Trümmerland zum Wirtschaftswunder.* München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2006.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Demokratie als Verfassungsprinzip. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. II. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2004.

BORCHARD, Klaus-Dieter. *Die Rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union.* Heildelberg: C. F. Müller Verlag, 2006.

BRAGANÇA, Carlos Tasso de Saxe-Coburgo. *Dom Pedro II na Alemanha- uma amizade tradicional*. São Paulo: Senac, 2014.

BRANDES, Georg, *Ferdinand Lassalle.* New York: Macmillan Company, 1911.

BRANDES, Georg. *Ferdinand Lassalle.* New York: Adamant Media Corporation, 2005.

BRION, Marcel. *Viena no Tempo de Mozart e de Schubert.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991. Tradução do francês para o português de Márcia Vinci.

BROD, Max. *Franz Kafka- a Biography.* New York: Perseus Book, 1995.

BROSE, Eric Dorn. *German History- 1789-1871- from the Holy Empire to the Bismarckian Reich.* Providence and Oxford: Berghan Books, 1997.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista Direito Público*, n.15 – Jan-Fev-Mar/2007.

BRUNNER, Georg. Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. I. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT - *Jahresstatistik 2020*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 15 mar. 2021.

BURKE, Edmund. *Reflections on the Revolution in France.* London: Penguin Books, 2004.

BURROWS, John (editor). *Classical Music*, London: Penguin, 2005.

CAENEGEM, R. C. van. *An Historical Introduction to Western Constitucional Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitucional Law- The Theory and Practice of German Constitutionalism,* Durham and London: Duke University Press, 1997.

CALLIES, Christian. Die Rolle des Grundgesetzes und des Bundesverfassungsgerichts. In: BÖTTGER, Katrin; JOPP, Mathias. *Handbuch zur deutschen Europapolitik*. Baden-Baden: Nomos, 2017.

CAMPENHAUSEN, Axel Freiherr von. §136 Religionsfreihei. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul. *Handbuch des staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* vol.6. Heidelberg: C.F. Müller, 2001.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional,* Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CAMPOS, Francisco. *Introdução Crítica à Filosofia do Direito*, Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Geraes, 1918.

CAMPOS, Virgílio. *Tobias Barreto e a Revolução Jurídica Alemã: a influência de Von Jhering no Pensamento Tobiático*, Recife, 1988.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht*. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1999.

CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2007.

CARLYLE, Thomas. *The French Revolution.* New York: The Modern Library, 2002.

CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (Org). *50 Anos da Lei Fundamental*. São Paulo: EdUSP, 2001.

CASSIRER, Ernst. *The Philosophy of the Enlightenment.* Princeton: Princeton University Press, 1951.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Autoritarismo Afetivo.* São Paulo: Editora Escuta, 2005.

CHACON, Vamireh. *Da Escola de Recife ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1969.

CITATI, Pietro. *Goethe.* São Paulo: Companhia das Letras, 1996. Tradução de Rosa Freire D´Aguiar.

COHEN, David. *A Fuga de Freud.* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010. Tradução de Clóvis Marques.

COLLINGWOOD, R. G.. *The Idea of History.* Oxford: Oxford University Press, 1994.

COLLOR, Lindolfo. *Europa, 1939.* Porto Alegre: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

COMTE, Auguste. *Sociologia.* São Paulo: Ática, 1989.

CONOT, Robert E.. *Justice at Nuremberg.* New York: Perseus Book, 2009.

CONZE, Werner; HENTSCHEL, Volker. *Deustsche Geschichte.* Freiburg: Verlag Ploetz, 1996.

CORNWELL, Bernard. *Waterloo- The History of Four Days, Three Armies and Three Battles.* London: William Collins, 2015.

CORTES, Paulo Campos. *A concepção Filosófica de Tobias Barreto.* Rio de Janeiro, 1980.

CORTES, Paulo Campos. *Tobias Barreto, Antologia de Ideia, uma Revelação.* Editora Radial, Rio de Janeiro, 1974.

COSTA NETO, João. *Dignidade Humana- Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu.* São Paulo: Saraiva (Série IDP), 2014.

DANTAS, Paulo. *Tobias Barreto.* 2 ed. Revista e Ampliada. São Paulo: 1952.

DAVID, Claude. *Hitler et le Nazisme.* Paris: PUF, 1991.

DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 Anos da Constituição como Garantia da Democracia Alemã em Paz e Liberdade. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (Org). *50 Anos da Lei Fundamental*. São Paulo: EdUSP, 2001.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Die Wissenschaftsfreiheit im Grundgesetz und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. 2010. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/420386/07891b8c2e2b3a104b0ffd0128619ba1/WD-3-149-10-pdf-data.pdf. Acesso em 10 jan. 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Verfassungsrechtliche Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie in Bezug auf das Grundeigentum*. 2019, p.03. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/645732/78d7b348968c1fb84c157b6bd60267a0/WD-3-061-19-pdf-data.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Versammlungsfreiheit unter den Bedingungen der Corona-Pandemie Einschränkungen aus Infektionsschutzgründen*. 2020. Disponível em: https://www.bundestag.de/resource/blob/817530/7fb241c69a6ab384bed15e885367c656/WD-3-259-20-pdf-data.pdf.

DIGGINS, John Patrick. *Max Weber- A Política e o Espírito da Tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999. Tradução para o português de Liszt Vieira e Marcus Lessa.

DIMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos.* São Paulo: Editora das Revista dos Tribunais, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico- Introdução a uma Teoria do Direito e Defesa do Pragmatismo Jurídico-Político.* São Paulo: Método, 2006.

DIPPEL, Horst. *História do Constitucionalismo Moderno- Novas Perspectivas.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

DOEHRING, Karl. *Teoria do Estado.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Tradução de Gustavo Castro Alves Araújo.

DOLZER, Rudolf. Der Widerstandsfall. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* vol. VII. Heidelberg, C.F. Müller, 1992.

DOMINGO, Rafael (org.). *Juristas Universales*. Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2004.

DÖRNER, Bernward. *Die Deutschen und der Holocaust- Was niemand wissen wollte, aber jeder wissen konnte.* Berlin: Ullstein Buchverlage GmbH, 2007.

DREIER, Ralf; SELLERT, Wolfgang. *Recht und Justiz im "Dritten Reich".* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

DREIER, Horst. Allgemeine Grundrechtslehren. In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. vol. I. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

DUPEUX, Louis. *História Cultural da Alemanha.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. Tradução do francês para o português por Elena Gaidano.

DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes. In: *Archiv des Öffentlichen Rechts* (AÖR), nº 81, 1956.

EISENHARDT, Ulrich. *Deutsche Rechtsgeschichte*. München: C. H. Beck, 2013.

ELIAS, Norbert. *Mozart- Sociologia de um Gênio.* Rio de Janeiro: Zahar, 1995. Tradução de Sergio Goes de Paula.

ELIAS, Norbert. *Os Alemães- A luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997. Tradução do alemão para o português de Álvaro Cabral.

ENDERS, Christoph. Comentário art.1º. In*:* STERN, Klaus; BECKER, Florian. *Grundrechte-Kommentar: Die Grundrechte des Grundgesetzes mit ihren europäischen Bezügen*. 3 ed. Colônia: Carl Heymanns Verlag, 2019.

EPINEY, Astrid. Art. 20a. In: STARCK, Christian (Ed.). *Grundgesetz Kommentar.* vol. II. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2010.

ERICHSEN, H.U. Allgemeine Handlungsfreiheit. In: ISENSEE, Joseph; KIRCHOF, Paul (Org). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. VI. Heidelberg: C.F.Müller, 1989.

EVANS, Richard J.. *The Coming of the Third Reich.* London: Penguin Books, 2004.

FAST, Joaquim. *Hitler.* San Diego, New York and London: Harvest Books, 1974. Tradução do alemão para o inglês de Richard e Clara Winstton.

FAUPIN, Hervé. *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Flammarion, 2006.

FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero-um Destino.* São Paulo: Três Estrelas, 2012. Tradução de Dorothée de Bruchard.

FEHR, Hans. *Deutsche Rechtsgeschichte.* Berlin: Walter de Gruyter & CO., 1962.

FERREIRA, Luis Pinto. *Tobias Barreto e a Nova Escola de Recife.* Imprensa Industrial, Recife, 1953.

FEST, Joachim. *Hitler.* San Diego, New York and London: Harvest Book, 1974. Tradução do alemão para o inglês por Richard e Clara Winstton.

FOOTMAN, David. *Ferdinand Lassalle- Romantic Revolucionary.* New Haven: Yale University Press, 1947.

FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws.* Oxford: Oxford University Press, 2010.

FRANZEN, August. *Breve História da Igreja.* Lisboa: Presença, 1996. Tradução de Manuela Ribeiro Sanches.

FREI, Norbert. *1945 und Wir- Das Dritte Reich im Bewustein der Deutschen.* Ulm: Verlag C. H. Beck, 2005.

FREUD, Sigmund. *Civilization and its Discontents.* In: GAY, Peter (ed.). *The Freud Reader.* New York & London: Norton & Company, 1995.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. Tradução para o português de Luís Cláudio de Castro e Costa.

FREYRE, Gilberto. *Nós e a Europa Germânica.* Rio de Janeiro: Grifo Edições e Instituto Nacional do Livro, 1971.

FROTSCHER, Werner; PIEROTH, Bodo*. Verfassungsgeschichte*, München: C.H. Beck, 2012.

FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany,* Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

FULLER, Lon L.. *The Morality of Law.* New Haven and London: Yale University Press, 1979.

GAMA, Affonso Dionyzio. *Tobias Barreto.* São Paulo: Monteiro Lobato, 1925.

GARCIA, Aprígio C. de Amorim. *A Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919- Tradução e Nota.* Rio de Janeiro: sem referência à editora, 1924.

GAY, Peter. *Freud- a Life for our Time.* New York and London: W. W. Norton & Company, 1988.

GAY, Peter. *Mozart.* Rio de Janeiro: Objetiva, 1999. Tradução de José Antonio Arantes.

GAY, Peter. *The Enlightenment- The Science of Freedom.* New York and London: W. W. Norton & Company, 1996.

GAY, Peter. *Weimar Culture- the outsider as insider.* New York and London: W.W. Norton & Company, 2001.

GELATELY, Robert. *Apoiando Hitler- Consentimento e Coerção na Alemanha Nazista.* Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2011. Tradução de Vitor Paolozzi.

GMÜR, Rudolf; ROTH, Andreas. *Grundriss der deutschen Rechtsgeschite.* München: Verlag Franz Vahlen, 2014.

GOETHE, Johann Wolfgang. *Fausto.* São Paulo: Editora 34, 2004. Tradução do alemão para o português de Jenny Klabin Segall.

GÖTTING, Horst-Peter; SCHERTZ, Christian; SEITZ, Walter (Ed.), *Handbuch des Persönlichkeitsrecht.* Presse-und Medienrecht, München: C.H. Beck, 2019.

GOLDENSOHN, Leon. *The Nuremberg Interviews.* New York: Vintage Books, 2004.

GOLDHAGEN, Daniel Jonah. *Os Carrascos Voluntários de Hitler.* São Paulo: Companhia das Letras, 1997. Tradução de Luís Sérgio Roizman.

GÓMEZ, Juan A. García. *El historicismo filosófico-jurídico de F. K. von Savigny.* Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.

GROSSI, Paolo. *A Ordem Jurídica Medieval Europeia*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. Revisão técnica de Ricardo Marcelo Fonseca.

GRÖSCHNER, Ralf. Die Republik. In: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. II. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

GRÖPL, Christoph; WINDTHORST, Kay; COELLN, Christian. *Studienkommentar*. 4. ed. Munique: C.H.BECK, 2020.

GRZESZICK, Bernd. Art. 20 IV – Die Verfassungsentscheidung für den Bundesstaat. In: MAUNZ, Theodor; DÜRIG, Günter. *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck, 2006.

GUÉRIN, Daniel. *Anarchism*. New York: Monthly Review of Books, 1970.

GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As Novas Tendências do Direito Constitucional.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933. Tradução de Cândido Motta Filho.

HÄBERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: ISENSEE, J.; KIRCHHOF, P. (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. I. Heidelberg: C. F. Müller, 1987.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Constituição e Cultura, o Direito ao Feriado como Elemento de Identidade Cultural do Estado Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Tradução de Marcos Augusto Maliska e de Elisete Antoniuk.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

HAFFNER, Sebastian. *The Rise and Fall of Prussia.* London: Butler and Tanner, 1980.

HAVERKAMP, Rita. Die akustische Wohnraumüberwachung – ein unzulässiger Eingriff in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung?. *Juristische Ausbildung*, vol. 32, jun./2010. Disponível em: https://doi.org/10.1515/jura.2010.492. Acesso em: 12 jan. 2021.

HAYMANN, Ronald. *Thomas Mann.* New York: Bloomsbury, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Filosofia da História.* Brasília: Editora da UnB, 1999. Tradução do alemão para o português de Maria Rodrigues e Hans Harden.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de Filosofia do Direito.* Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

HELD, David. *Introduction to Critical Theory- Horkheimer to Habermas.* Berkeley: University of California Press, 1980.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado.* México: Fondo de Cultura Economica, 1998. Tradução do alemão para o espanhol de Luís Tobío.

HENIG, Ruth. *The Weimar Republic- 1919-1933.* London and New York: Routledge, 1998.

HERMET, Guy. *História das Nações e do Nacionalismo na Europa.* Lisboa: Editorial Estampa, 1996. Tradução do francês para o português de Ana Moura.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional.* Brasília e São Paulo: IDP-Saraiva, 2009. Tradução de Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho.

HEUSS, Alfred. *Theodor Mommsen und das 19. Jahrhundert*. Kiel: Ferdinand Hirt, 1956.

HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

HITLER, Adolf. *Mein Kampf.* Boston and New York: Houghton Mifflin Company, 2002. Tradução de Ralph Manheim.

HOBSBAWN, Eric. *Age of Extremes- The Short Twentieth Century- 1914-1991.* London: Abacus, 2000.

HOBSBAWN, Eric. *The Age of Empire.* New York: Vintage Books, 1989.

HOBSBAWN, Eric. *The Age of Revolution- 1798-1848.* London: Abacus, 1999.

HOFFMANN, Hasso. *Die versprochene Menschenwürde*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, nº 118, 1993.

HOFFMANN, Hasso. Die Entwicklung des Grundgesetzes von 1949 bis 1990. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. 1. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

HOKE, Rudolf. *Österreichische und Deutsche Rechts-Geschichte*. Wien, Köln, Weimar: Böhlau Verlag, 1992.

HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism,* Cambridge: Harvard University Press, 1996.

HONG, Mathias. Hate Speech im Internet. In: ALBERS, Marion; KATSIVELAS, Ioannis (orgs.). *Recht & Netz*. Baden-Baden: Nomos, 2018.

HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of Enlightenment.* New York: Continuum, 2001.

HUBER, Ernst Rudolf. *Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaalicher Entwicklung*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol. I. Heidelberg: C.F. Müller.

HUCKO, Elmar M. *The Democratic Tradition- Four German Constitutions.* Oxford, New York and Munich: Berg Publishers, 1987.

HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. *Comparative Federalism- a Systematic Inquiry,* Toronto: Broadview Press, 2005.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os Limites da Ação do Estado,* Rio de Janeiro: Topbooks, 2004. Tradução do alemão para o português de Jesualdo Correia.

INWOOD, Michael. *Dicionário Hegel.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.Tradução do inglês para o português de Álvaro Cabral.

IPSEN, Jörn. Art. 21. In: SACHS, Michael (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018.

ISAACSON, Walter. *Einstein- sua vida, seu universo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.Tradução de Celso Nogueira, Fernanda Ravagnani, Isa Mara Lando e Denise Pessoa.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard. *Weimar- a Jurisprudence of Crisis,* Berkeley: University of California Press, 2002.

JASPERS, Karl. *The Question of German Guilt.* New York: Fordham University Press, 2000. Tradução de E. B. Ashton.

JAY, Martin. *The Dialectial Imagination- a History of the Frankfurt Scholl and the Institute of Social Research- 1925-1950.* Berkeley: University of California Press, 1996.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Economica, 2004. Tradução de Fernando de los Rios.

JESTAEDT, Matthias; LEPSIUS, Oliver. *Das entgrenzte Gericht: Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht.* Berlim: Suhrkamp, 2011.

JOLL, James. *Europe since 1870- an Intelectual History.* London: Penguin Books, 1990.

JONES, Ernest. *Vida e Obra de Sigmund Freud.* Rio de Janeiro: Guanabara, 1979. Tradução de Marco Aurélio de Moura Matos.

JOUANJAN, Olivier. *L'esprit de l'École historique du droit, textes inédits em français de F. C. von Savigny et G. F. Putcha.* Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysic of Morals.* New York: Prometheus, 1998. Tradução do alemão para o inglês de T. K. Abbot.

KANT, Immanuel. *O que é o Iluminismo?*. In: *A Paz Perpétua e outros Opúsculos.* Lisboa: Edições 70, s.d. Tradução de Artur Morão.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua e outros Opúsculos.* Lisboa: Edições 70, s.d.

KARMIS, Dimitrios; NORMAN, Wayne. *Theories of Federalism- a Reader.* New York: Palgrave Macmillan, 2005.

KÄSLER, Dirk. *Max Weber- An Introduction to his Life and his Work*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

KELSEN, Hans. *Autobiografia.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e de José Ignácio Coelho Mendes Neto.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional.* São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de Alexandre Krug.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law.* Clark: New Jersey: Lawbook Exchange, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado.* São Paulo: Martins Fontes, 2005, Tradução de Luís Carlos Borges, a partir de uma edição em inglês.

KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Estudo introdutório de Otavio Luiz Rodrigues Junior e José Antonio Dias Toffoli.

KELSEN, Hans. *Autobiografia.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e de José Ignácio Coelho Mendes Neto. Organização RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luís; TOFFOLI, José Antonio Dias.

KENT, George O. *Bismarck e seu Tempo.* Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1982. Tradução de Maria Inês Caldas de Moura.

KENT, George. *Bismarck e seu tempo*. Brasília: Editora da UnB, 1992.

KERSHAW, Ian. *Hitler.* São Paulo: Companhia das Letras, 2010. Tradução de Pedro Maia Soares.

KERVÉGAN, Jean-François. *Qué hacemos con Carl Schmitt.* Madrid: Escolar y Mayo, 2013. Tradução do francês para o espanhol de Alejandro García Mayo.

KINGREEN, Thorsten; POSCHER, Ralf. *Grundrechte – Staatsrecht II.* 34. ed. Heildelberg: C.F. Müller, 2018.

KITCHEN, Martin. *A History of Modern German- 1800-2000*. London: Blackwell, 2006.

KITCHEN, Martin, *História da Alemanha Moderna- de 1800 aos dias de hoje.* São Paulo: Cultrix. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte.

KITCHEN, Martin. *O Terceiro Reich- Carisma e Comunidade.* São Paulo: Madras, 2009. Tradução para o português de Marcos Malvezzi.

KITCHEN, Martin. *O Terceiro Reich- Carisma e Comunidade.* São Paulo: Madras, 2009. Tradução de Marcos Malvezzi.

KLEINDIENST, Jürgen (org.). *Deutschland- Wunderland- Neubeginn- 1950-1960- Erinnerungen aus Ost und West.* Berlin: Zeitgut Verlag, 2003.

KLEINDIENST, Jürgen. *Zwischen Kaiser und Hitler- Kindheit in Deutschland- 1914-1933*. Berlin: Zeitgur Verlag GmbH, 2006.

KLEMPERER, Victor. *LTI- A Linguagem do Terceiro Reich.* Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. Tradução de Miriam Bettina Paulina Oelsner.

KOCH, H. W. *A Constitutional History of Germany in the Nineteenth and Twentieth Centuries.* London and New Yord: Longman, 1984.

KOCH, H. W. *In the Name of the Volk- Political Justice in Hitler´s Germany.* New York: Barnes and Noble, 1997.

KRAMNICK, Isaac. *The Portable Enlightenment Reader.* London: Penguin Books, 1995.

KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha- Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional 'Comparado'.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KROCKOW, Christian Graf von. *Prússia- um balanço.* São Paulo: Editora Mackenzie, 2002. Tradução de Rósula Kelly Medrado Almeida Passos.

KUEHN, Manfred. *Kant- a Biography.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

LABOULAYE, Édouard. *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charls de Savigny,* Paris: A. Durand, Libraire, 1842.

LARENZ, Karl. *Grundfragen der neuen Rechtswissenshaft*. Berlin: Junker & Dünnhaupt, 1935.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito.* Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. Tradução de José Lamego.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* S.L.: Laemmert, s.d.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Texto compilado em tradução do alemão para o português por Walter Stönner.

LEMON, M. C. *Philosophy of History.* London and New York: Routledge, 2005.

LENT, Wolfgang. *Medienrecht für Buchwissenschaftler*. Munique: Universitätsbibliothek der Ludwig-Maximilians-Universität, 2019.

LENZ, Stefan. Das Elfes-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1957. In: *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung*, n.2, 2016, p.149-176.

LESSA, Vicente Themudo. *Lutero.* Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

LEVENSON, Thomas. *Einstein em Berlim.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. Tradução de S. Duarte.

LEVI, Primo. *É Isto um Homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. Tradução de Luigi Del Re.

LIMA, Hermes. *O pensamento Vivo de Tobias Barreto.* Martins, São Paulo, 1943.

LIMBACH, Jutta. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: C.H. Beck, 2010.

LIRA, Roberto. *Tobias Barreto, O homem-Pêndulo.* Companhia Editora Nacional. Rio de Janeiro, 1937.

LOMBARDI, Giorgio. *La Polémica Schmitt-Kelsen*. Madrid: Tecnos, 2009.

LONGERICH, Peter. *Heinrich Himmler- uma Biografia.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. Tradução de Angelika Elisabeth Köhnke et allii.

LÓPEZ, José Hernández. *Introducción histórica a la filosofia del derecho contemporânea*. Murcia: Universidade de Murcia Servicio de Publicaciones, 2005.

LOSANO, Mario G.. *Um Giurista Tropicale- Tobias Barreto fra Brasile real e Germania ideale*. Milano: Laterza, 2000.

LÖWY, Michael. *A Teoria da Revolução no Jovem Marx.* Petrópolis: Vozes, 2002. Tradução do francês para o português de Anderson Gonçalves.

LÖWY, Michael. *Franz Kafka- Sonhador Insubmisso.* Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2005. Tradução do francês para o português de Gabriel Cohn.

LOWY, Michael. *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen.* São Paulo: Cortez, 1994.

LOWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social.* São Paulo: Cortez, 2000.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANN, Thomas. *Carlota em Weimar.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. Tradução de *Lotte in Weimar,* por Vera Mourão.

MANN, Thomas. *Discursos contra Hitler (1940-1945).* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009. Tradução de Antonio Carlos dos Santos e Renato Zwick.

MANVELL, Roger; FRAENKEL, Heinrich. *Doutor Goebbels, Vida e Morte.* São Paulo: Madras, 2012. Tradução de Alexandre Trigo Veiga.

MARINI, Giuliano. *La Polemica sulla Codificazione*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiani, 1982.

MARRUS, Michael R. *The Nuremberg War Crimes Trial-1945-1946.* Boston and New York: Bedford-St. Martin's, 1997.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais.* Vol.1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista.* Petrópolis: Vozes, 1993. Tradução de Marco Aurélio Nogueira e de Leandro Konder.

MARX, Karl. *Miséria da Filosofia.* São Paulo: Centauro, 2001. Tradução de Paulo Ferreira Leite.

MARX, Karl. *O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte.* São Paulo: Centauro, 2000. Tradução de Silvio Donizete Chagas.

MASER, Werner. *Nürnberg- Tribunal der Sieger*. Düsseldorf-Wien: Econ Verlag, 1977.

MATOS, Olgária C. F.. *Os Arcanos do Inteiramente Outro- A Escola de Frankfurt, a Melancolia e a Revolução*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht.* München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C.H.Beck.,1994.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral.* Barueri: Manole, 2006.

MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I.* 5. ed. München: C. H. Beck, 2007.

McCLELLAND, J. S.. *A History of Western Politial Thought.* London and Routledge, 1996.

MEIDERT, Nadine; NEBEL, Kerstin. Moralpolitik am Beispiel von Einstellungen zum Schwangerschaftsabbruch in Deutschland. Eine vergleichende Längsschnittstudie von Gesellschaft und politischen Akteuren. In: *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, v.23, n.1, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v.1, n.8, jan.2000. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1063/1047. Acesso em 10 out. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional- o Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha.* São Paulo: Saraiva, 2005.

MERTEN, Detlef. Verhältnismässigkeitsgrundsatz. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (Ed.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. vol. III. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

MICHELET, Jules. *História da Revolução Francesa, da Queda da Bastilha à Festa da Federação.* São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Tradução do francês para o português de Maria Lúcia Machado.

MÖLLERS, Christoph. *Das Grundgesetz. Geschichte um Inhalt*, München: C.H. Beck, 2009.

MOMMSEN, Theodor. *Römisches Strafrecht*. Graz: Akademische Druck-U. Verlagsansalt, 1955.

MOMMSEN, Theodor. *Disegno del Diritto Pubblico Romano.* Milano: CELUC, 1973. Tradução do alemão para o italiano de P. Bonfante.

MOMMSEN, Adelheid. *Mein Vater- Erinnerunger an Theodor Mommsen.* München: Matthes & Seitz Verlag, 1992.

MONT'ALEGRE, Omer. *Tobias Barreto.* Vecchi, Rio de Janeiro, 1939.

MORAES FILHO, Evaristo de. *Medo à Utopia: o Pensamento Social de Tobias Barreto e Silvio Romero.* Brasília, Nova Fronteira/ Rio de Janeiro, INL, 1985.

MORLOK, Martin; MICHAEL, Lothar. *Staatsorganisationsrecht,* Baden-Baden: Nomos, 2016.

MOTTA FILHO, Cândido. *Contagem Regressiva.* Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1972.

MOUFFE, Chantal (ed.). *The Chalenge of Carl Schmitt.* London e New York: Verso, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice, the Courts of the Third Reich.* Cambridge: Harvard University Press, 1991. Tradução de Deborah Lucas Schneider.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Tradução de Paulo César Busato.

MURSWIEK, Dietrich. Art. 20a. In: SACHS, Michael (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018.

MUSSNUNG, Reinhard. Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* Vol. I. 3. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

NEUMANN, Franz. *Behemoth- The Structure and Practice of National Socialism-1933-194.* New York: Harper Books, 1963.

NEVES, Marcelo. *Niklas Luhmann: "Eu vejo o que tu não vês"*. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O Pensamento Alemão no século XX- Grandes protagonistas e recepção das obras no Brasil*. São Paulo: Cosac Naify, 2013.

NETTESCHEIN, Martin; SCHÄUFLER, Sabine. Europäischer Grundrechtsföderalismus und Bundesverfassungsgericht. In: NETTESCHEIN,

Martin; SCHÄUFLER, Sabine. *Jahrbuch des Föderalismus - Föderalismus, Subsidiarität und Regionen in Europa.* Baden-Baden: Nomos, 2020.

O´DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945.* New York: Palgrave Macmillan, 2004.

PAIM, Antonio. *A Filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

PAUCK, Wilhem; PAUCK, Marion. *Paul Tillich- his Life & Thought*. Vol. I. New York: Harper & Row.

PAULY, Walter. *Die Verfassung der Paulskirche und ihre Folgewirkungen*. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. I, Heidelberg.

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Tobias Barreto.* Revistas dos Tribunais, Rio de Janeiro, 1917.

PERSICO, Joseph E.. *Nuremberg- Infamy on Trial,* London: Penguin Books, 1994.

PESSOA, Lilian de Abreu. *Aspectos do Pensamento Alemão na Obra de Tobias Barreto.* São Paulo: USP, 1985.

PHIRTSKHALASHVILI, Anna. Menschenrechte als Grundwert der georgischen Verfassung. In: GUNNARSON, Logi et al. (orgs.*). MenschenRechtsMagazin*. vol. 2. Universitätsverlag Potsdam, 2018.

PIEROTH, Bodo. Die Grundrechte des Grundgesetzes in der Verfassungstradition. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen (ed.*). Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. vol. II. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

PIAZOLO, Michael (org.). *Das Bundesverfassungsgericht. Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik.* Weilerswist-Metternich: V. Hase & Koehler Verlag, 1995.

PINKARD, Terry. *German Philosophy- 1760-1860- The Legacy of Idealism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

PINKARD, Terry. *Hegel- a Biography.* Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

PINTO FERREIRA, Luís. *Princípios do Direito Constitucional Moderno.* São Paulo: RT, 1971.

POGGI, Gianfranco. *Weber- A Short Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2006.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras- volume III- 1934.* Brasília: Senado Federal, 2012.

PONTE, Lorenzo da. *Memórias.* Rio de Janeiro: Lacerda, 1998. Tradução de Vera Horn.

POPPER, Karl R.. *Búsqueda sin término.* Madrid: Tecnos, 2002. Traduzida do inglês para o espanhol por Cármen Garcia Trevijano.

PRATER, Donald. *Thomas Mann- uma Biografia.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. Tradução de Luciano Trigo.

PRIESTLAND, David. *A Bandeira Vermelha- a História do Comunismo*. São Paulo: Leya, 2012. Tradução do inglês para o português de Luis Gil Reyes.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *O que é a propriedade?.* Lisboa: Editorial Estampa, 1997. Tradução do francês para o português de Marília Caeiro.

PULIDO, Carlos Bernal. *El Princípio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito.* Coimbra: Armênio Amado Editora, 1979.

RADKAU, Joachim. *Max Weber- a Biography.* Cambridge, Polity Press, 2009.

RÄDLER, Julia. *Das dritte Geschlecht Rechtsfragen und Rechtsentwicklung*. Berlim: Duncker & Humblot, 2019.

RASHKE, Richard. *Fuga de Sobibor.* Porto Alegre: 8Inverso, 2011. Tradução de Felipe Cittolin Abal.

REYES, Alfonso. *Trayectoria de Goethe.* Mexico: Fondo de Cultura Economica, 1989.

RICCHEZZA, Giulio. *Hitler.* Estoril: Saída de Emergência, 2015.

RICHARD, Leonel. *A República de Weimar (1919-1933)*. Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988. Tradução do francês para o português de Jônatas Batista Machado.

RIEFF, Philip. *Freud: The Mind of of the Moralist*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979.

RIXEN, Stephan. Die Würde und Integrität des Menschen. In: HESELHAUS, Sebastian F; NOWAK, Carsten (Ed.). *Handbuch der Europäischen Grundrechte*. München/WIen/Bern: C.H.Beck, Linde, Stampfli & Cie AG, 2006.

ROAZEN, Paul. *Freud- Political & Social Thought*. New Brunswick & London: Transaction Publishers, 1999.

ROBBERS, Gerhardt. Comentário art.20 - Republik. In: DOLZER, Rudolf et al. (org). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller, 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Como se produz um jurista em alguns lugares do mundo? O modelo alemão (parte 4). *Revista Consultor Jurídico*, 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-fev-18/produz-jurista-alguns-lugares-mundo-modelo-alemao-parte. Acesso em: 10 mar. 2021.

ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven.* São Paulo: Atena Editôra, s.d., tradução de José Lannes.

ROMERO, Nelson. *Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Gráficas O Globo, 1943
.
ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du Contrat Social.* Paris: Flammarion, 1966.

RUDOLF, Walter. Recht auf informationelle Selbstbestimmung. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*. vol.4. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt im Dritten Reich.* München: Verlag C. H. Beck, 1990.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Tradução de Luis Villar Borda.

RÜTHERS , Bernd. *Die Unbegrenzte Auslegung*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich.* Madrid: Marcial Pons, 2016.

RÜTHERS, Bernd. *Entartetes Recht- Rechtleheren und Kronjuristen im Dritten Reich.* München: Verlag C. H. Beck, 1989.

SACHS, Michael. *Verfassungsprozessrecht*. 4.ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

SACHS, Michael. Art. 20. In: SACHS, Michael (ed.). *Grundgesetz Kommentar*. 8. ed. München: C.H. Beck, 2018.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Martin Heidegger- between good and evil.* Cambridge: Harvard University Press, 1999. Tradução do alemão para o inglês de Ewald Osers.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Schopenhauer- e os anos mais selvagens da Filosofia.* São Paulo: Geração Editorial, 2011. Tradução do alemão para o português de William Lagos.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Hegel.* São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Ideia de Justiça em Kant- seu fundamento na liberdade e na igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1986.

SAUL, John Ralston. *Voltaire's Bastards- The Dictatorship of Reason in the West.* Ontario: Penguin, 1993.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislacion y la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires: Arengreen, 1946. Tradução do alemão para o espanhol de Adolfo G. Posada.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica.* Campinas: Edicamp, 2001.

SCHEUERMAN, William. *Carl Schmitt- The End of Law*. Boulder and New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen.* 8. ed. München: C.H. Beck, 2010.

SCHLIE, Ulrich. *Die Denkmäler der Deutschen.* Köln e Bonn: Goethe-Institute Inter Nationes, 2000.

SCHLINK, Bernhard. *Der Vorseler.* Zürich: Diogenes Taschenbuch, 1997.

SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the Past.* Toronto: University of Queensland Press, 2010.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Der Rechtsstaat. In: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.* vol. II. 3. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 2004.

SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parlamentary Democracy*. Cambridge and London: The MIT Press, 1988. Tradução do alemão para o inglês de Ellen Kennedy.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.* Madrid: Tecnos, 1996. Tradução de Montserrat Herrero.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política.* Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Tradução de Donizete Antoniuk.

SCHMITT, Carl. *La Dictatura- Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. Tradução do alemão para o espanhol de José Díaz García.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução do alemão para o português de Geraldo de Carvalho.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Madrid: Allianza Editorial, 2011. Tradução do alemão para o espanhol de Francisco Ayala.

SCHMITT, Carl. *Respuestas em Núremberg.* Madrid: Escolar y Mayo, 2016.

SCHOENBERGER, Cristoph. *Hugo Preuss- Introduction.* In: JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (eds.). *Weimar- a Jurisprudence of Crisis.* Berkeley: University of California Press, 2002.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig e outros.

SHIRER, William L.. *The Rise and Fall of the Third Reich.* Greenwich: Fawcett Crest Book, 1960.

SCHOLZ, Rupert. Art. 20a. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz Kommentar*. vol. III. München: C.H. Beck, 2002.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. Art. 20 (Rechtsstaat). In: DREIER, Horst (Ed.). *Grundgesetz Kommentar.* vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: RT, 1976.

SOLOMON, Maynard. *Beethoven- Vida e Obra.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. Tradução de Álvaro Cabral.

SOMMERMANN, Karl-Peter. Art. 20. In: STARCK, Christian (Ed). *Kommentar zum Grundgesetz*. vol. II. 6. ed. München: Franz Vahlen, 2010.

SOSA WAGNER, Francisco. *Carl Schmitt y Ernst Forsthoff: Coincidencias y confidencias.* Madrid: Marcial Pons, 2008.

SOSA WAGNER, Francisco. *Maestros Alemanes del Derecho Públic.* Madrid: Marcial Pons, 2005.

SPEER, Albert. *Inside the Third Reich-Memoirs.* London: Simon & Schuster, 1969.

SPENGLER, Oswald. *A Decadência do Ocidente.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1964. Tradução de Herbert Caro.

SPIELVOGEL, Jackson J. *Hitler and Nazi Germany- a History.* New Jersey: Pearson, 2004.

STARCK, Christian. Art. 1, Abs.3. In: v. MANGOLDT-KLEIN-STARCK (Ed.). *Grundgesetz Kommentar*. vol. I. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2005.

STEINBERG, Jonathan. *Bismarck- uma vida.* Barueri: Amarilys, 2015. Tradução de Maurício Tamboni.

STEINHOFF, Johannes; PECHEL, Peter; SHOWALTER, Dennis. *Voices of Third Reich- an Oral History.* Washington: Da Capo Press, 1994.

STERN, Fritz. *The Varieties of History- from Voltaire to the Present.* New York: Vintage Books, 1973.

STERN, Klaus. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. vol. III/1. München: C.H. Beck, 1988.

STOLLEIS, Michael. *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

STOLLEIS, Michael (dir.). *Juristen- ein biographisches Lexicon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert.* München: Verlag C. H. Beck, 2001.

STOLLEIS, Michael. *Public Law in Germany- 1800-1914.* New York and Oxford: Berghahn Books, 2001.

STOLLEIS, Michael. Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949. In: ISENSEE, Josef; KIRCHOF, Paul (ed.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. vol.1. 3.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

STOLLEIS, Michael. *A History of Public Law in Germany- 1914-1945.* Oxford: Oxford University Press, 2004. Tradução do alemão para o inglês de Thomas Dunlap.

STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011.

STOLLEIS, Michael. *History of Social Law in Germany.* Berlin- Heidelberg, 2014.

STOLLEIS, Michael. *Öffentliches Recht in Deutschland.* München, C. H. Beck, 2014.
STREINZ, Rudolf. Verwirklichung der Europäischen Union, in: SACHS, Michael (Ed.), *Grundgesetz Kommentar*, 8ª ed., 2918.

TAVARES, A. de Lyra. *Quatro Anos na Alemanha Ocupada.* Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1951.

TAYLOR, A. J. P.. *The Course of German History- a survey of the development of German history since 1815.* London and New York: Routledge, 2001.

TAYLOR, A. J. P.. *The Course of German History.* London and New York: Routledge, 2001.

TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials.* New York: Skyhorse, 2013.

THALMANN, Rita. *A República de Weimar.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988. Tradução de Álvaro Cabral.

TIEDEMANN, Paul. Die Würde des Menschen ist Unantastbar. In: *Rechtstheorie* 35, 2004.

TILLY, Charles. *Social Movements- 1768-2004.* Bouder and London: Paradigm Publishers, 2004.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito Tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Tradução de Luiz Dória Furquim.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *O Antigo Regime e a Revolução.* São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de Rosemary Costhek Abílio.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Lembranças de 1848- As Jornadas Revolucionárias em Paris.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991. Tradução de Luc Monnier.

TOLAND, John. *Adolf Hitler*. New York: Anchor Books, 1992.

TRAVESSONI, Alexandre (coord.). *Kant e o Direito.* Belo Horizonte: Fundamentos, 2009.

TROPER, Michel. *Positivismo*: In: ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TURNER, Stephen. *The Cambridge Companion to Weber.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TUSA, Ann; TUSA, John. *The Nuremberg Trial.* New York: Skyhorse, 2010.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts.* Princeton: Princeton University Press, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica.* São Paulo: Malheiros, 2002.

VEIGA, Gláucio. *História das Ideias da Faculdade de Direito do Recife.* Vol. VIII. Recife: Artegrafi, 1977.

VIGO, Rodolfo Luis. *La Injusticia Extrema no es Derecho.* Buenos Aires: La Ley-Universidad de Buenos Aires-Faculdad de Derecho, 2006.

VILAR, Gilberto. *Frei Caneca - Gesta da Liberdade-1779-1825.* Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

VON MISES, Ludwig. *Burocracy.* Indianapolis: Liberty Fund, 2007.

VORLÄNDER, Hans. *Die Verfassung. Idee und Geschichte*. München: C.H. Beck, 2004.

VOSSKUHLE, Andreas. Introdução ao texto da Lei Fundamental. *Grundgesetz*, 60. ed., München: C.H.Beck, 2011.

WAGNER, Francisco Sosa. *Juristas y Enseñanzas alemanas I- 1945-1975.* Madrid: Marcial Pons, 2013.

WAGNER, Francisco Sosa. *Maestros Alemanes del Derecho Público.* Madrid e Barcelona: Marcial Pons, 2005.

WAGNER, Richard. *Beethoven.* Rio de Janeiro: Zahar, 2010. Tradução de Hanna Hartmann Cavalcanti. ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven.* São Paulo: Atena, 1957.

WATSON, Peter. *The German Genius- Europe´s third Renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*. London: Simon & Schuster, 2010.

WATSON, Peter. *The German Genius- Europe's Third Renaissance, the second scientific revolution and the twentieth century*. London: Simon & Schuster, 2010.

WATSON, Peter. *The German Genius.* London: Simon & Schuster, 2010.

WEBER, Marianne. *Max Weber- a Biography.* New Brunswick and London: Transaction Publishers, 2003. Tradução do alemão para o inglês por Harry Zohn.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade.* Brasília: Editora da UnB, 2000. Tradução do alemão para o português de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa.

WEBER, Max. *Estudos Políticos. Rússia 1905 e 1917.* Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

WEHLER, Hans-Ulrich. *The German Empire- 1871-1918.* Oxford and New York: Berg, 1997. Tradução do alemão para o inglês de Kim Traynor.

WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School- its History, Theories and Political Significance.* Cambridge: The MIT Press, 1995.

WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School, its History, Theories, and Political Significance.* Cambridge: The MIT Press, 1998. Tradução do alemão para o inglês de Michael Robertson.

WISTRICH, Robert S.. *Who's Who in Nazi Germany.* London and New York: Routledge, 2002.

WISTRICH, Robert. S. *Who is Who in Nazi Germany.* London and New York: Routledge, 2002.

WITTE, Bernd. *Walter Benjamin- an intelectual biography.* Detroit: Wayne, 1997. Tradução do alemão para o inglês por James Rolleston.

WOLLENSSCHLÄGER, Michael; SCHRAML, Alexander. Art. 16 GG, das neue "Grundrecht" auf Asyl?, *JZ*, v.49, p.61-71. Disponível em: http://www.digizeitschriften.de.001107ib0fa0.emedia1.bsb-muenchen.de/download/PPN345574974_0049/PPN345574974_0049___log68.pdf. Acesso em: 12.01.2021.

WÜRTENBERGER, Thomas; TANNEBERGER, Steffen. Biosicherheit und Forschungsfreiheit. Zu den Schranken des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. In: *Ordnung der Wissenschaft*, n. 1, 2014.

ZAFFARONI, E. Raul. *Doctrina Penal Nazi- La Dogmatica Penal Alemana entre 1933-1945.* Buenos Aires: Ediar, 2017.

ZIEMANN, Benjamin e Mergel, Thomas. *European Political History- 1870-1913.* Aldershot: Ashagate, 2007.

ZIMMERMANN, Andreas; GEIB, Robin Die Totung Unbeteiligter Zivilisten: Menschenunwurdig im Frieden - Menschenwurdig im Krieg. *Der Staat*, vol. 46, n. 3, 2007, p. 377-394.

ZIPPELIUS, Reinhold. Anmerkungen zu Art. 1 GG. In: DOLZER, R. (Org.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C. F. Müller, 1994.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*. 2 ed. München: C.H. Beck, 1995.

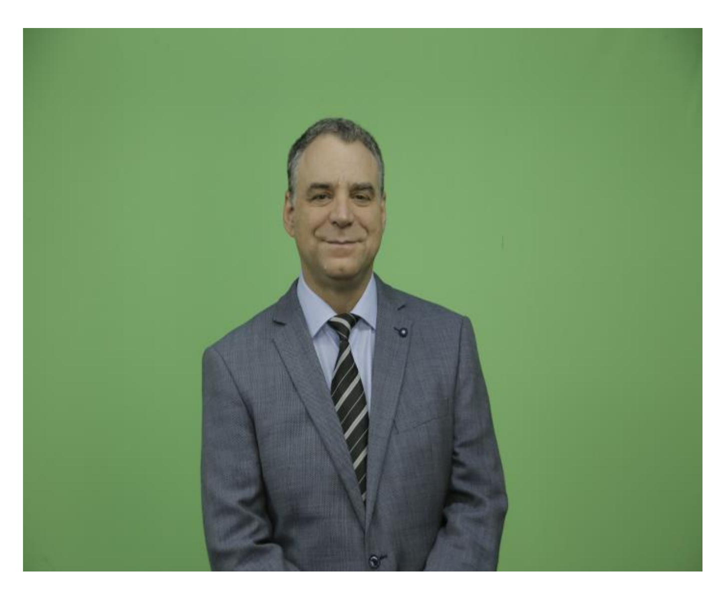
ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgechichte- vom frühen Mittelalter bis zur Gegenwart*. München: Verlag C. H. Beck, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte.* München: Beck, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Kleine Deutsche Verfassungsgeschichte.* München: C.H. Beck, 2007.

SOBRE OS AUTORES

INGO WOLFGANG SARLET



Doutor em Direito pela Universidade de Munique (1997).
Professor Titular dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da PUCRS.
Professor palestrante de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS).
Membro Catedrático da ABDCONST.
Representante brasileiro e correspondente científico junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social (Munique)
Estudos e Pesquisas em nível de Pós-Doutorado nas Universidades de Munique (Bolsista DAAD, 2005), Georgetown (2004), e, como bolsista, junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique, 2001, 2002 e 2003).
Foi Pesquisador visitante na Harvard Law School (jan/fevereiro de 2008).
Foi professor visitante (bolsista do *Programa Erasmus Mun*dus) da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa);
Foi Professor Visitante do Curso de Mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada (Espanha).
Foi Pesquisador visitante (fellow) do Instituto de Estudos Avançados em Stellenbosh (STIAS-*Stellenbosh Intitute for Advanced Studies*), África do Sul, na condição de bolsista do instituto (17.07 a 05.08.2011).
Foi Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (fevereiro de 2012).
Foi Pesquisador visitante (bolsa PROBRAL CAPES-DAAD) na Universidade e no Instituto Max-Planck de Direito Privado em Hamburgo, Alemanha (janeiro de 2013).

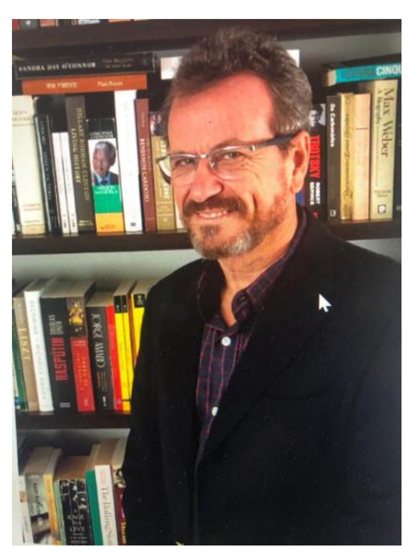
Pesquisador Visitante (bolsista do Instituto) no Instituto Max-Planck de Direito Privado, Hamburgo, Alemanha (janeiro e fevereiro de 2017 e janeiro e fevereiro de 2018, com apoio financeiro do DAAD).
Pesquisador Visitante, como bolsista, do Instituto Max-Planck de Direito Social, Munique, em janeiro de 2019.
Professor Visitante na Universidade de Hamburgo (janeiro de 2020).
Pesquisador visitante no Instituto Max-Planck de Direito Social, Munique (fevereiro de 2020).
Pesquisador Destaque FAPERGS – Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul na área de humanidades no biênio 2010-11.
Detentor da Ordem do Mérito Judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, grau comendador.
Ganhador, na condição de orientador (uma isoladamente e outra em coorientação), de dois prêmios de melhor tese de doutorado em Direito no Brasil e o primeiro prêmio geral de teses de toda área de humanidades e ciências sociais (tese das teses) em 2017 atribuído a um Doutorado em Direito.
Diretor da Revista da Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul – AJURIS
Editor da Revista Direitos Fundamentais e Justiça da PUCRS – Editora Fórum
Editor da Série Direito da Editora da Fundação Fênix da PUCRS
Membro do conselho executivo do Centro de Estudos Europeus e Alemães do DAAD em Porto Alegre
Membro do conselho científico da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul
Membro acadêmico externo do Conselho Gestor do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Foi Membro da Comissão indicada pela Câmara dos Deputados do Congresso Nacional para elaboração de um projeto de lei sobre cybersegurança e proteção de dados na segurança pública e investigação criminal
Atualmente é Relator da Comissão de Juristas instituída e nomeada pela Presidência da Câmara dos Deputados do Congresso Nacional para a elaboração de um estudo para reformas legislativas no sentido da sistematização e harmonização do processo constitucional no Brasil.

Autor das seguintes obras - livros (autoria individual, coletiva e coordenação):

Die Problematik der Sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz: eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.
A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 13ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 10ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
Maquiavel o Príncipe e a Formação do Estado Moderno, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER:
Direito Constitucional Ecológico 6ª ed., São Paulo: RT, 2019.
Princípios de Direito Ambiental, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2017;

Direito Ambiental: Introdução, Fundamentos e Teoria Geral, São Paulo: Saraiva, 2014 (obra finalista da edição de 2015 do Prêmio Jabuti).
Curso de Direito Ambiental, São Paulo: Editora GEN, 2ª ed., 2021.
SARLET, Ingo Wolfgang. MACHADO, Paulo Leme. FENSTERSEIFER, Tiago. Constituição e Legislação Ambiental Comentadas, São Paulo: Saraiva, 2015.
Em parceria com Jayme Weingartner Neto, Constituição e Direito Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
Em parceria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: Curso de Direito Constitucional, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
Em parceria com J.J. Gomes Canotilho, Gilmar F. Mendes e Lenio Streck, Coordenação da obra Comentários à Constituição do Brasil, 2ª ed. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2018.
Em parceria com Arthur Ferreira Neto, O Direito ao Esquecimento na Sociedade da Informação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
Coordenador de mais de vinte obras coletivas no Brasil e Exterior (Alemanha, Espanha, Portugal).
Autor de mais de trezentos artigos em periódicos científicos e capítulos de livros no Brasil e no Exterior (Alemanha, Argentina, África do Sul, Bélgica, Chile, Espanha, Equador, México, Portugal, Inglaterra).
Proferiu centenas de palestras em eventos de diversa natureza, bem como aulas no Brasil e no exterior: Argentina – Buenos Aires; Alemanha – Munique, Heidelberg, Bremen, Berlim, Frankfurt, Hamburg, Kassel, Regensburg, Karlsruhe; África do Sul – Johanesburgo e Stellenbosh; Bélgica - Bruxelas), Chile – Santiago; Espanha - Granada, Sevilha, Madrid, Oviedo, Valladolid; Itália – Roma La Sapienza, Roma LUMSA, Catania; Peru (Lima e Trujillo), México – Cidade do México; EUA – Baltimore, Harvard, Princeton, Portugal – Porto, Lisboa, Coimbra, Suíça – Genebra; Inglaterra – Londres).
Ex-Juiz do Tribunal Regional Eleitoral (segunda instância) e Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Ato de aposentadoria publicado em 11.03.19).
Advogado e Consultor Jurídico

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY



Livre-Docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Estágios pós-doutorais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS (Direito Constitucional), na Universidade de Boston-BU (Direito Comparado), na Universidade de Brasília-UnB (Teoria Literária e História do Direito) e na Universidade Federal do Ceará-UFC (Direito Tributário). Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Professor pesquisador visitante na Universidade de Pretória (África do Sul), na Faculdade de Direito de Nova Delhi (Índia) e no Instituto Max Planck de História do Direito Europeu (Frankfurt-Alemanha). Foi Consultor-Geral da União, Procurador-Geral Adjunto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal e Procurador da Fazenda Nacional. É advogado e professor universitário em Brasília. Autor dos seguintes livros em matéria de direito público: Tobias Barreto- uma biografia intelectual. Curitiba: Editora Juruá, 2018. Clóvis Beviláqua - internacionalista e pacifista. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2012. Coletânea de manifestações da Consultoria-Geral da União. Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União, 2012. Direito Tributário Diplomático. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Transação tributária: introdução à justiça fiscal consensual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Memória jurisprudencial: Ministro Carlos Maximiliano. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2010. A execução fiscal/administrativa no Direito Tributário comparado. Belo Horizonte: Fórum, 2009. Direito Tributário Internacional Contextualizado. São Paulo: Quartier Latin, 2009. História da tributação no período joanino (Brasil - 1808-1821). Brasília: ESAF, 2008. Direito constitucional comparado. 1São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2006. Direito tributário comparado e tratados internacionais fiscais. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. Globalização, neoliberalismo e Direito no Brasil. Londrina: Humanidades, 2004. Direito tributário nos Estados Unidos. São Paulo: Lex, 2004. Direito nos Estados Unidos. Barueri: Manole, 2004.